
PAPELES
VARIOS
T. VII
F.D.
102







INDICE

De los varios Papeles recopidos en este Tomo 174.
sus asumptos &c.


G.D
Retrato del Ven.e Padre FERNANDO
de CONTRERAS Capellan del Choro de la S.ta
Patriarchal Ygl.a de Sevilla, Collegial del mayor
de S.n Ildefonso Vniu.d de Alcala, Obispo electo de
Guadix, y Redemptor de Cautivos; Nacio en Se-
-villa año de 1470. y murio el de 1548. està Sepul-
-tado en Lugar maravillossamente destinado
delante del Choro de dha S.ta Ygl.a
J. Bouche

✠

POR
DON FRANCISCO DE ZEVALLOS, Y ARGVIXO,
VEZINO DE LA VILLA DE SEGVRA DE LEON.
EN EL PLEYTO CON
DON FRANCISCO MVRILLO,
COMO MARIDO DE DOñA MARIA DE ARGVIXO,
Y DON DIEGO MVRILLO,
COMO MARIDO DE DOñA MARCELINA DE ARGVIXO, Y COMO CVRADOR AD LITEM DE Dª. IGNES DE ARGVIXO.
SOBRE LA POSSESSION DEL VINCVLO, QVE FVNDò DON DOMINGO GARCIA GVSTIN, Y ARGVIXO, VEZINO QVE FVE DE DICHA VILLA DE SEGVRA DE LEON.

Ne ſcribam vanum, duc, pia Virgo, manum.



PARAQVE con mas claridad ſe pueda demonſtrar lo arreglado de la pretenſion de Don Franciſco de Zevallos Zuñiga, y Arguixo, ſe propondrà con brevedad en eſte Manifieſto lo mas ſuſtancial de el hecho de los autos, para que por medio de la verdadera, aunque breve apuntacion de èl, ſe venga en conocimiento del derecho, que le aſsiſte à la ley *Si explagis 52. §. in clivo 2. ff. ad leg. Aquil.*

1. Don Domingo Garcia Guſtin y Arguixo, vezino de la Villa de Segura de Leon, en 18. de Septiembre del año paſſado de 1700. por ante Gaſpar Gabriel Cortès, Eſcrivano Publico de la Villa de el Bodonal, otorgò ſu teſtamento en la forma

ma regular; y entre otras cosas, fundò en el vn vinculo de tercio, y remaniente de quinto. Hizo llamamientos personales en sus tres hijos, que los fueron Don Domingo, Don Alonso, y Don Diego de Arguixo, vltimo posseedor; y à falta de ellos, hizo ciertos llamamientos, cuya clausula à la letra es la siguiente.

2. *Y llamo à la succession de este vinculo Mayorazgo, â falta de los dichos mis hijos, à los hijos, y descendientes del dicho Don Alonso Lopez de Arguixo, mi hijo, prefiriendo el mayor al menor, y el varõ à la hembra, aunque sea mayor en edad; y à falta de los susodichos, y acabada que sea su linea, y descendencia, llamo à la succession de este Mayorazgo à los hijos, y descendientes del dicho Don Diego Lopez de Arguixo, mi hijo, en caso de tenerlos con la misma preferencia del mayor al menor, y el varon à la hembra. Y à falta de todos los referidos, succeda en este mi Mayorazgo Don Francisco de Zevallos y Arguixo, mi nieto, y hijo legitimo del dicho Don Juan de Zevallos y Zuñiga, mi yerno, y de la dicha Doña Maria de Escobar y Arguixo, mi hija yà difunta.*

3. Puso despues el Fundador otra clausula, que es como se sigue: *Y quiero, que en la succession de este dicho vinculo desde su primero llamado sea preferido el que fuere noble, al que no lo fuere. Y si llegare el caso de entrar en la succession de èl alguna muger, prefiera la que casare con persona noble, à la que no lo hiziere, y casare con hombre llano.*

4. Por muerte de el Don Alonso (cuya linea fue la primera llamada) quedaron tres hijas, que son Doña Maria, Doña Marcelina, y Doña Ignes de Arguixo: La Doña Maria, casada con Don Francisco Murillo, vezino de la Villa de los Santos: La Doña Marcelina, con Don Diego Murillo, vezino de dicha Villa del Bodonal, y hermano del D. Francisco Murillo: Y la Doña Ignes, que al presente està soltera.

5. Muerto el Don Diego de Arguixo (despues de aver fallecido el Don Domingo, y Don Alonso) saliòse por parte de Don Faancisco de Zevallos, pretendiendose la possession corporal, vel quasi de los bienes de dicho vinculo, por averse le transferido, por ministerio de la ley Real, la civil, y natural, con el justo motivo, de que por las referidas Doña Maria, y Doña Marcelina no se avia cumplido la condicion puesta por el Fundador, por no aver casado con personas nobles, por no serlo dichos Don Francisco, y Don Diego Murillo, ofreciendose al mismo tiempo informacion de ser el

Don

Don Francisco de Zevallos hijo legitimo de Don Juan de Zevallos y Zuñiga, y de Doña Maria de Escobar, y Arguixo, y que esta fue hija legitima de el Fundador, y de su legitima muger Doña Maria de Escobar, presentandose al mismo tiempo la fee de Baptismo de el Don Francisco de Zevallos, la de casamiento de sus padres, y la de Baptismo de la Doña Maria de Escobar y Arguijo, su madre.

6. Admitida, y hecha la informacion, aunque por ella se justificò lo necessario para obtener Don Francisco de Zevallos, por el señor Covernador de dicha Villa de Segura de Leon, se mandò dàr traslado à D. Francisco Murillo, quien ante el mismo señor Juez avia salido fulminando autos separados, en los q̃ aviendo presentado copia de los llamamientos, de que và hecha mencion, aunque suprimiendo la clausula, que trata de la nobleza, que tambien và expressada, pretendia la possession de dichos bienes por sì, y como marido de la Doña Maria de Arguixo.

7. Tratò Don Francisco de Zevallos, no solo defenderse en este pleyto, sino tambien moviò otro, sobre que se declarasse por nula cierta particion extrajudicial, que de sus bienes hizo entre sus hijos el Fundador, de la qual resultò averse segregado bienes para la ereccion del vinculo, por razon de tercio, y quinto; cuya advertencia se haze, para que se tenga presente, por lo que en el progresso de este Informe queda que fundar. Y reconociendose por el señor Governador la justa deliberacion de Don Francisco de Zevallos en su defensa, mandò que en atencion, à que la Doña Ignes Arguixo, hija soltera de el Don Alonso, era menor de veinte y cinco años, y no poder por esta causa comparecer por sì en el juyzio, se le notificasse, nombrasse curador ad litem; la qual consta aver nombrado para este fin al mismo Don Diego Murillo, cuyo nombramiento se aceptò, y jurò, aprobandose por dicho Señor Juez.

8. En esta conformidad alegòse por parte de el Don Francisco, y Don Diego Murillo, que no debia apreciarse la pretencion de Don Francisco de Zevallos, por ser este de linea, y llamamiento postergado, y que Doña Maria, y Doña Marcelina, en aver casado con los referidos, avian cumplido con la condicion puesta por el Fundador, por quanto ambos eran Cavalleros notorios de sangre en possession, propriedad, y notoriedad,

riedad, como hijos que eran de Don Juan Murillo de Saabedra, vezino de la Villa de los Santos.

9. Valieronse para este efecto de vn traslado de vna carta de hidalguia, al parecer concedida à dicho Don Juan Murillo de Saabedra, con fecha en Buen-Retiro à 17. de Julio del año passado de 1696. cuya copia à su tiempo se cotejò con su original, precediendo citacion de el Don Francisco de Zevallos; cuyo instrumento parece reducirse, à que su Magestad por èl declara, assi à dicho Don Juan Murillo de Saabedra, como à sus hijos, y demàs descendientes, por hijosdalgo notorios de sangre en possession, propriedad, y notoriedad. En fuerza de lo qual, y de estàr exerciendo actos honorificos dichos Don Francisco, y Don Diego Murillo, alegaban aver Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo cumplido con la voluntad de el Fundador, añadiendo, que no porque estas no huviessen exactamente cumplido, podria passar la succession del Mayorazgo à Don Francisco Zevallos, mayormente, viviendo la Doña Ignes, la que estando soltera, y no aviendo contravenido, siendo de linea predilecta, debiera preferir al Don Francisco de Zevallos.

10. Dado de esta alegacion traslado à el Don Francisco de Zevallos, insistiòse por este, en que se le debia mandar dàr la possession. Lo primero: Porque previniendo el Fundador, que el que fuesse noble, prefiriesse al plebeyo; y siendolo el Don Francisco, debia sin disputa preferir à Doña Maria, Doña Marcelina, y Doña Ignes, por las que no se probaba su nobleza.

11. Ademàs de esto, alegòse, que dichas Doña Maria, y Doña Marcelina avian contravenido à la voluntad del Fundador, por aver casado con nobles de privilegio, como lo eran dichos Don Francisco, y Don Diego Murillo, y que el privilegio, de que pretendian valerse, ademàs de que como exorbitante no podia subsistir, y que aun quando assi no fuesse, se avia ganado con siniestra relacion, no los podia hazer verdaderos nobles, y tales especificamente, sino solo por equipolencia; lo que no era bastante, por averse fundado el vinculo en vltima voluntad, donde las condiciones puestas por el Fundador, ò testador, se debian cumplir especificamente, y que nunca la concession del Principe en aquel privilegio avia de ser en perjuyzio de tercero. Y para prueba de que el privilegio se avia ganado siniestramente, se alegò por el Don Francisco de

Ze-

Zevallos; que por el Don Juan Murillo se avia supuesto à la Magestad de el Señor Don Carlos Segundo (que de Dios goza) que assi el Don Juan, como los demàs sus antepassados avian gozado de los fueros de nobles; siendo assi, que todos ellos avian pechado, y contribuydo.

12. Alegòse finalmente, que Doña Maria de Escobar y Arguixo, madre de el Don Francisco Zevallos; avia cumplido especificamente con la voluntad de el Fundador, por aver casado con verdadero noble, que lo es Don Juan de Zevallos, quien en la misma Villa de Segura de Leon, por Diziembre de el año passado de 1688. fue recebido por hijodalgo de sangre notorio, como constaba de el recibimiento original, que presentò con la informacion, que por los commissarios nombrados por el Cabildo de aquella Villa se hizo, y con los demàs actos positivos de nobleza de sus antepassados, de cuyo recibimiento à su tiempo, y con citacion de las otras partes se sacò, y puso copia en los autos; y lo que mas era, que dicho Don Francisco de Zevallos era quarto nieto por varonìa de Juan de Zevallos, el mismo que con Diego de Zevallos, su hermano, litigò en la Real Chancilleria de Granada su nobleza, aviendo obtenido à su favor en contradictorio juyzio sentencias de vista, y revista, de las que se les despachò Real carta executoria, con fecha de 15. de Octubre, de el año passado de 1596. cuyo traslado tambien se presentò; y à su tiempo, precediendo citacion contraria, se cotejò con la original.

13. Reciviòse el pleyto à prueba con vn breve termino; y aunque de contrario se contradixo con el motivo de confessarsele à Don Francisco de Zevallos ser nieto del Fundador, sin envargo, mandado llevar à debido efecto el auto de prueba, se tratò por las partes de hazer su justificacion; para cuyo fin, por la de Don Francisco de Zevallos se presentò interrogatorio, cuyas preguntas se dirigieron à probar, ser el mismo llamado en la fundacion, y nieto por la linea materna de el mismo Fundador, y por la paterna, quarto nieto de dicho Juan de Zevallos, por ser hijo legitimo de Don Juan de Zevallos y Zuñiga, y Doña Maria de Escobar y Arguixo, y el Don Juan de Zevallos hijo lexitimo de Don Francisco de Zevallos, y Doña Juana de Zevallos, y este Don Francisco, hijo lexitimo de otro Don Juan Zevallos, y Doña Maria Fafila, y este otro Don Juan, hijo lexitimo de Pedro de Zevallos, è Isabel Gonzalez, y este Pedro, hi-

hijo legitimo de Juan de Zevallos, y Juana de Sayago, y que este Juan de Zevallos fue hermano lexitimo, y entero de dicho Diego de Zevallos, por aver ambos sido hijos lexitimos de vnos mismos padres, que lo fueron Pedro de Zevallos, y Doña Mayor Guerrero. Y que dichos hermanos Juan, y Diego de Zevallos fueron los mismos, que en la Real Chancilleria de Granada, en la Sala de hijosdalgo litigaron su nobleza en possession, y propriedad, aviendo obtenido en contradictorio juyzio sentencias de vista, y revista, despachandoseles su Real carta executoria, con fecha de 15. de Octubre de el año passado de 1596.

14. Articulòse tambien por el Don Francisco de Zevallos, que à todos los referidos sus ascendientes se guardan, y han guardado à cada vno en su tiempo las honras, de que pueden, y deben gozar solo los hijosdalgo notorios de sangre; y que en esta conformidad Doña Maria de Escobar y Arguixo, su madre, cumpliò con la voluntad de el Fundador, en quanto à casar con persona noble; y que asi no lo han hecho Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo, por no aver casado con Cavalleros hijosdalgo de sangre notorios; por no serlo dichos Don Francisco, y Don Diego Murillo; articulando finalmente el abono de los testigos, examinados en el año passado de 1688. por el recebimiento de Don Juan de Zevallos, su padre. Para todo lo qual, y para comprobacion de los actos positivos de sus ascendientes, pidiò Don Francisco de Zevallos con citacion de las otras partes requisitoria à las justicias de la Villa de la Fuente de el Maestre, y que acompañasse à esta el recebimiento original de dicho Don Juan de Zevallos, su padre.

15. Despachòse la requisitoria, y en virtud de ella justificòse el contexto de lo antecedente, y que Don Juan Murillo de Saabedra de poco tiempo à esta parte estaba essempto de contribuciones, en fuerza de el privilegio expressado; pero no por tener carta executoria de la Real Chancilleria de Granada; y para la realidad de esto se pondràn las palabras de algunos de los testigos.

16. Juan Garcia de Soto dixo à la 16. pregunta: *Conociò en cierto tiempo, que Don Juan Murillo de Saabedra, vezino de la Villa de los Santos, no gozaba de el privilegio de hidalgo; y que es notorio lo consiguiò de no muchos años à esta parte, por aver servido à su Magestad con cierta porcion de dinero.*

17. El

17. El Licenciado Don Bartholomè Messia de Bolaños, Beneficiado, en la misma pregunta 16. dize: *Que lo que vnicamente sabe, y tiene que dezir en orden à esta pregunta, es, que la nobleza, que gozan Don Francisco, y Don Diego Murillo, su hermano, que la pregunta menciona, la consiguiò de no mucho tiempo à esta parte, por cierta porcion de dinero, y privilegio de su Magestad, y assi lo ha oido dezir comunmente; de que se saca, no tienen executoria ganada en contradictorio juyzio de la Real Chancilleria de Granada, y Sala de hijosdalgo de ella.*

18. Don Garcia Martin Zambrano Parra, Presbytero, dize en la misma pregunta, que Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo no han cumplido con la condicion puesta por el Fundador: *Por causa de no ser nobles notorios de sangre, ni tener executoria de tales, ganada en contradictorio juyzio en la Real Chancilleria de Granada, y Sala de hijosdalgo de ella; pues aunque es verdad, se hallan ennoblecidos, ha sido de veinte y tantos años à esta parte, por vn privilegio, que Don Juan Murillo, su padre, comprò à su Magestad: y dize de poco tiempo à esta parte, porque sabe el testigo por notoriedad, que antes del citado privilegio no estaban tenidos, ni reputados por nobles.*

19. Garcia Martin Camacho, Regidor perpetuo en la misma Villa de la Fuente, dize en esta pregunta: *No son nobles por executoria ganada en contradictorio juyzio de la Real Chancilleria de la Ciudad de Granada, y Sala de hijosdalgo de ella, sino en virtud de vn privilegio, que dicho Don Juan Murillo consiguiò de su Magestad por cierto dinero, con que le sirviò.* Don Juan Macias, Presbytero, y Don Antonio Martin Zambrano, Beneficiado, convienen con los antecedentes, y con todos ellos Alonso Guerrero Conde, Regidor perpetuo de dicha Villa de la Fuente, quien tambien añade, que antes de el privilegio no gozaban los Murillos de essempcion alguna.

20. Por parte de Don Francisco Murillo vnicamente se presentò interrogatorio, cuyo contexto (aunque con equivocacion en quanto à los llamamientos de este vinculo, que tambien la padecieron sus testigos) se reduxo à querer probar, que el Don Francisco Murillo era el mismo, que en el privilegio se dezia hijo de Don Juan Murillo de Saabedra, sin hazer por esto memoria de Don Diego Murillo, y que assi el Don Francisco Murillo, como los otros sus hermanos, con su padre, estaban recebidos por nobles en la Villa de los Santos, que dicho Don Francisco Murillo tambien lo estaba en la de Segura de

Leon,

Leon, y que como tales nobles avian exercido empleos honorificos.

21. Este hecho se probò; pero ninguno de sus testigos (quizà con advertencia) expressa desde que tiempo los Murillos estàn reputados por nobles, ni en virtud de que titulo lo estèn. Presentòse tambien por el Don Francisco Murillo testimonio de los actos positivos de su familia, y casa, que el primero tuvo principio en el año de 1697. que fue vn año despues de impetrado el privilegio.

22. En fuerza de este hecho alegòse de bien probado por las partes, cuyas alegaciones, por estar propuestas las mas principales, y porque estas, y otras se incluyràn en los puntos de derecho, que se tocan en este Manifiesto, no se relacionan por aora. Y siendo este en substancia el verdadero hecho de los autos, forzoso es hazer digresion alguna sobre el derecho de vnas, y otras partes, para que propuesto el de todas, se confiesse, que premeditado el de Don Francisco de Zevallos, le sobran fundamentos, para que à su favor se determine.

§. I.

TRes cosas se han de probar en este §. La primera, que la voluntad de el Fundador del Mayorazgo se debe observar: La segunda, que este licitamente pudo preferir para la succesion el noble, al que no lo fuesse: La tercera, que el gravamen puesto à las hembras, en quanto à contraer matrimonio con persona noble, fue licito, y como tal, observable. En quanto à la primera parte, es vulgar regla de derecho, que se prueba *ex authent. de nupt. §.disponat.* ibi: *Disponat testator, & erit lex: vna est enim legis intentio, vt quæ disposita sunt à morientibus, impleantur.* Al mismo intento *Guzman veritat.* 24. *n.* 10. *Ciarlin, controv. forens. lib.* 2. *cap.* 153. *n.* 17. *cap.* 211. *n.* 80. *& lib.* 3. *cap.* 222. *n.* 12. *& cap.* 239. *n.* 24. Y aun por esto mismo puesta por el testador licita condicion, se debe cumplir. *leg. qui filium* 22. *leg. si ita* 41. *leg.* 44. *leg.* 45. *leg.* 53. *leg.* 55. *& leg.* 59. *ff. de Manumiss. testament. leg. si quis* 2. *§. si sub conditione* 6. *ff. de fideicommissar. libertat. leg. si filius* 33. *§.* 1. *leg. thais* 41. *§.* 7. 8. 9. *&* 10. *cum seqq. leg. si pater* 47. *§. si sthico* 2. *ff. eodem tit. de fidei commissar. libertat. leg. statu liberos* 3. *in princip. ff. de stat. liber. leg.* 6. *leg.* 8. *leg.* 13. *§.* 3. *leg.*

14.

14. *leg.* 15. §.*vnic. leg.* 17.& 18. *ff.eod. tit. de statu liber. leg. in conditionibus* 19. *leg. iure civili* 24. *ff. de condit. & demonstrat.*

2. En quanto à la segunda parte, libremente deben aver los hijos sus legitimas, de suerte, que no se les puede poner en ellas gravamen alguno. *leg. quoniam in prioribus* 32. *Cod. de inoffic. testament. leg.* 17. *tit.* 1. *partit.* 4. *leg.* 11. *in princip. tit.* 4. *partit.* 6. ibi: *Libremente, è sin ningund agravamiento, è sin ninguna condicion debe aver el fijo su legitima parte de los bienes de su padre, è de su madre. Carleval de iudic. tit.* 3. *disp.* 25. *n.* 19. Y es esto en tanto grado, que sin embargo, de que por el derecho de los digestos podia el hijo ser instituìdo baxo de condicion potestativa: *leg. suus quoque* 4. *ff. de hæred. instituend. lege pater* 4. *Codic. de instit. & substitut. leg. final. in princip. ff. de condit. & demonstrat. D. Larriategui selectar. iur. lib.* 7. *cap.* 4. *n.* 1. *D. Henao. Ot. Salmant. libr.* 3. *Otio* 9. *n.* 1. *in fin.* No puede ser oy instituìdo baxo de semejantes condiciones, como notò *Suarez ad leg. quoniam in prioribus ampliation.* 1. *n.* 11. Y no es esto lo mas, sino que teniendose el hijo por estraño en lo que vltra legitimam se le dexa (por cuya razon, por la ley *scimus* 36. §. *cum autem* 1. *Codic. de inofficios. testament.* se previene, que pueda ser gravado en lo excesivo de su legitima, ibi: *Reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit*) no por esso se le puede gravar el excesso baxo de otra condicion, que la potestativa; dizelo assi la citada *ley* 11. *tit.* 4. *part.* 6. ibi: *Mas ninguna de las otras condiciones, assi como las que acaescieren porventura, ò las que son mezcladas, segun diximos en las leyes ante de esta, no las puede poner; è si las pone, no empescen al fijo heredero, maguer non se cumplan.* Con que si las condiciones puestas en la fundacion de este Mayorazgo son potestativas, y recaen sobre excesso de legitima, no ay duda, en que son validas, mayormente con la disposicion de la *ley* 27. *taur. que oy es l.* 11. *tit.* 6. *libr.* 5. *Recop.* Por la qual, guardandose el orden prescripto en ella, se pueden poner qualesquiera condiciones; y por lo mismo fundado en la citada ley de Toro, resuelve *Valdès addition. ad Suarez in leg. quoniam in prioribus ampliation.* 2. *n.* 1. que por esta ley de Toro se corrigiò la citada *lei* 11. *tit.* 4. *part.* 6. Por poderse poner oy en el tercio, y remaniente de el quinto qualesquiera gravamenes: *iuxta dict. leg.* 27. *taur.* ibi: *Que le puedan poner el gravamen, que quisieren, assi de restitucion, como de fideicommissio, y hazer en el dicho tercio los vinculos, submissiones, y substituciones que quisieren.* Con la circunstancia, que los

 lla-

llamamientos hechos en este Mayorazgo fueron arreglados à la misma *ley 27. de Toro*, en la que fundado tambien *D. Molin. de primogen. libr. 2. cap. 12. n. 34.* resuelve: *Sciendum est, leges, seu conditiones possibiles, iustas, atque honestas, procul dubio à maioratuum successoribus præcisè servandas esse, sive in contractibus, sive in vltimis voluntatibus appositæ fuerint, sive conditiones ipsæ potestativæ, casuales, sive mixtæ sint.*

3. En quanto à la tercera parte, prescindiendo de si el gravamen de casar con persona noble, es condicion, ò modo à la doctrina de *D. Molin. de primogen. dict. libr. 2. cap. 12. n. 13.* es tan cierto este principio, que se halla canonizado con textos Sagrados. En el *cap. 28. Genes.* se encuentran estas palabras: *Noli accipere coniugem de genere Chanaan; sed vade, & proficiscere in Mesopotamiam Syriæ ad domum Bathuel patris matris tuæ: & accipe tibi inde vxorem de filiabus Laban avunculi tui.* Dos cosas se descubren en este texto: La vna, que Isaac prohibe à Jacob, que case con las hembras de la generacion de Chanaan: La otra, que lo execute con vna de las hijas de Laban; y consta de el mismo texto, que Jacob, conociendo el justo motivo de su padre; *probans quoque, quod non libenter aspiceret filias Chanaan, pater suus,* le obedeciesse; *ivit ad Ismaelem, & duxit vxorem.* En el *cap. 27.* del mismo *Genes.* se dize: *Si acceperit Iacob vxorem de stirpe huius terræ, nolo vivere.* En el *cap. 24.* de el mismo *Genes.* se lee lo siguiente: *Dixitque ad servum seniorem domus suæ, qui præerat omnibus, quæ habebat: pone manum tuam subter fœmur tuum, vt adiurem te per Dominum Deum Cœli, & terræ, vt non accipias vxorem filio meo de filiabus Chananæorum, inter quos habito, sed ad terram, & cognationem meam proficiscaris, & inde accipias vxorem filio meo Isaac.* Y en este *cap. 24.* solamente se escusa à Isaac de la obligacion de contraer con hembra de su generacion, si las de ella no quisieren: *Sin autem mulier noluerit sequi te, non teneberis iuramento; filium meum tantum ne reducas illuc.* En el *cap. 7. Deuteronom.* se dize: *Filiam tuam non dabis filio eius, nec filiam illius accipies filijs tuis.* De cuyos textos se infiere, que es licito no solo prohibir, que vno se case con cierto genero de personas, sino tambien mandar, que se contrayga matrimonio con persona determinada: y esto se prueba *ex leg. cum ita legatum 63. in princip. & §. vnic. ff. de condit. & demonstrat. leg. hoc modo 64. ff. eod. tit. leg. titio centum 71. §. titio centum 1. ff. eod.* en el principio de la ley *cum ita legatum 63.* y en la ley *hoc modo 64. dicto tit. de condit. & demonstrat.* se

po-

pone à Mevia el gravamen, de que no case, ò bien con Tisio, ò bien con Cayo, Mevio, ò Seyo, y se dize, que es valida la condicion; *iuxta text. in dict. leg. cum ita legatum* 63. ibi: *Et denique si plures personæ comprehensæ fuerint, magis placuit, cuilibet eorum si nupserit, amissuram legatum.* Pero en el §. *videamus* de la citada *ley* 63. y en el §. *titio centum* de la citada *ley* 71. poniendose à Ticio, ò à Mevia el gravamen de contraer con persona determinada, se resuelve, que siendo honesta la persona, que se asigna, liga la condicion en tanto grado, que de contravenirse à ella se pierde el legado, *iuxta textum in dict.* §. *videamus*, ibi: *Et quidem si honestè Titio possit nubere, dubium non est, quin nisi paruerit conditioni, excludatur à legato.* Conviene con estas leyes la 22. *tit.* 9. *partit.* 6. ibi: *E esto seria, como si el testador dixesse asi: Mando à fulano ome mil maravedis, si casare con tal muger; ca si aquel, â quien fue fecha la manda, no quisiere facer el casamiento con aquella muger, ò si muriesse alguno de ellos en ante que casassen, dezimos, que non valdria la manda.*

4. Ni podrà afirmarse, que esto es querer impedir la libertad para contraer matrimonio con qualquiera persona, obligando al mismo tiempo, à que se contrayga con la que se especifica à la ley *quoties* 22. *ff. de condit. & demonstrat.* à la ley *titia* 134. *ff. de verbor. obligat.* ibi: *Quia inhonestum visum est, vinculo pœnæ matrimonia obstringi sive futura, sive iam contracta. cap. gemma* 29. *de sponsalib. leg.* 39. *tit.* 11. *partit.* 5. Pues en quanto à lo segundo se satisface con la citada ley *titio centum* 71. §. *titio centum* 1. *ff. de conditionib. & demonstrat.* ibi: *Huic sententiæ non refragatur, quod si quis pecuniam promittat, si Mæviam uxorem non ducat, Prætor actionem denegat. Aliud est enim eligendi matrimonij pœnæ metu libertatem auferri, aliud ad testamentum certa lege invitari.* Quedando lo primero desvanecido, de que no porque excluya el testador personas, con quien pueda contraer matrimonio el legatario, se impide la libertad, quando para executarlo con las demàs no exclusas, no le queda impedimento alguno, à la citada ley *cum ita legatum* 63. *ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *Nec videri tali conditione viduitatem iniunctam, cum alij cuilibet satis commodè possit nubere.* Lo mismo se prueba *ex leg. conditioni* 2. *Codic. de institut. & substitut.* ibi: *Nec enim videri potest sub specie turpium nuptiarum viduitatem tibi indixisse, cum te filio sororis suæ consobrino tuo, probabili consilio, matrimonio iungere voluerit.* Con cuyo contexto se desvanece, aun la dificultad de ambos medios.

5. Cau-

5. Causa son los fundamentos antecedentes, para que tales condiciones se tengan por validas, y obligatorias; y asi lo asseguran los mas de los autores, y entre ellos *D. Covarruv. in 4. de sponsalib. 2 part. cap. 3. §. 3. Mantica de coniectur. vltim. volunt. libr. 11. tit. 18. n. 2. Palac. Rub. in cap. per vestras, notabil. 3. §. 21. n. 1. Gomez var. tom. 1. cap. 12. n. 78. & in leg. 14. taur. n. 8. versic. secus vero. Gutierrez de matrim. cap. 20. à n. 2. & libr. 4. pract. qq. q. 7. n. 2. D. Gregor. Lopez in leg. 2. verb. con villana, tit. 21. partit. 2. Gratian. regul. 83. n. 12. Azeved. in leg. 11. n. 20. tit. 6. lib. 5. Recop. Mierez de maiorat. part. 1. q. 51. per tot. Enriquez de matrim. lib. 11. cap. 6. n. 6. Rodriguez summ. tom. 1. cap. 133. n. 8. D. Molina de prmogen. libr. 2. cap. 13. n. 1. & ibi addentes à n. 1. vsq. ad 4. Molina de iust. & iure tom. 1. disp. 207. D. Castill. controvers. lib. 4. cap. 25. à n. 19. Tello Fernand. in leg. 30. taur. n. 9. Sanchez de matrim. libr. 1. disp. 33. & 34. D. Larrea decision. 59. n. 6.* donde aun à los menores deniega la restitucion in integrum, por la contravencion. *Roxas de incompat. part. 3. cap. 3. per tot.* y conduce à este fin la doctrina de *Gratian. disceptat. forens. cap. 5. n. 10.* donde hablando de lo licito de estas condiciones, dize: *Nam libertas matrimonij licet non possit impediri in totum, tamen potest modificari ratione locorum, personarum, & temporis.* Añadiendo al *n. 11. Ita vt ista dispositio modificativa personarum sit verificanda tàm in prima vice, quàm in secunda.*

6. En terminos de la condicion, ò gravamen puesto al successor, sobre que case con persona noble, que este ligue, y precisse, se prueba con *Gutierrez de matrim. cap. 20. n. 12.* donde afirma, que estrecha tanto esta condicion, que si casando el successor con noble, enviudare, bolviendose à casar, no cumple con contraer matrimonio con persona plebeya: *Quoniam clauditur ibi conditio negativa, quæ perpetua est, vt non ducat aliam, quam nobilem.* Conviene en lo mismo *Sanchez de Matrim. lib. 1. disput. 33. n. 14.* haziendose el vno, y el otro cargo de la ley *boves §. hoc sermone ff. de verbor. significat.* y *Roxas de incompat. par. 3. cap. 3. n. 29.* hablando en general de estos gravamenes, asiente à *Gutierrez*, y à *Sanchez*. Pruebase tambien el principal intento de este numero con el proprio *Gutierrez pract. qq. lib. 4. q. 8. n. 2.* y dà la razon: *Ex hoc namque præcepto non dicitur, induci viduitas, cum maioratus successor honestè cum alijs contrahere possit. Roxas vbi supr. n. 32. Pegas de maiorat. part. 1. cap. 7. n. 81. 87. & 89. D. Olea de cesion. iur. tit. 2. q. 5. n. 13. & seqq.* donde la amplia

tan-

tanto, que es de sentir, que aun contrayendo *nulliter* el succes-sor, *dum copula subsequatur*, se cae en privacion del mayorazgo; y no como quiera, sino que *al n. 16.* con *Gonzalez ad regul. 8. chancellar. glos. 57. à n. 55. Gratian. discept. forens. cap. 5. n. 8.* Resuelve, que la muger, à quien se puso la condicion con alguna pena, sobre que huviesse de casar con noble, por el mero hecho de mezclarse con plebeyo, aun no contrayendo matrimonio con èl, incurre en la pena puesta por el testador. Y *Roxas dicto cap. 3. n. 23.* exornò tanto esta opinion, que dize: *Tertiò ampliatur, quamvis contraveniens sit virgo aliqua puella sub parentum, aut consanguineorum potestate existens; quia si contrahat cum eo, qui similem maculæ (vulgò raza) deffectum patiatur, non excusatur ex eo, quod non teneatur viri qualitates investigare ob honestatem, & sui status rationem, nec ex eo, quod debeat sequi votum parentum, qui in electione præsumuntur melius scire viri sui mores, & qualitates generis, & sanguinis; cum nihilominus militet eadem ratio appositæ conditionis, & exclusionis, & in tali successore ab eo procedente deficiat illa qualitas à conditore maioratus desiderata, ad hoc vt eius memoria semper conservetur pura, & præfulgeat in successoribus, qui sint sanguine puri, & eius bona nullatenus ad impuros, & maculati sanguinis transeant, aliter infingeretur eius voluntas.*

7. Por especializarse *Ciriac. controvers. 451.* quisose apartar de lo sòlido de esta opinion en la consulta, que aqui se refiere, la que serà conveniente proponer, porque aun en ella misma ay meritos suficientes para el mas genuino convencimiento; el caso de la consulta es este: En 22. de Mayo del año passado de 1621. el ilustre Jacobo de Sero, Ciudadano Parmense, otorgò su testamento, y en èl instituyò à su hija Doña Lucrecia por su vniversal heredera: pusola la condicion, de que no pudiesse casar con otra persona, que no fuesse nacida dentro de la misma Ciudad de Parma, y que por el mero hecho de contravenir à la condicion puesta, quedasse exclusa la Doña Lucrecia de lo que vltra legitimam se le dexaba. Muerto su padre, contraxo la Doña Lucrecia matrimonio con el Conde de Cremona, el que parece no aver nacido dentro de la Ciudad. Pusieronla pleyto los parientes, con el motivo de aver contravenido en su casamiento à la voluntad de su padre. Funda la intencion de estos *Ciriac. dict. controv. 451. n. 1. vsq. ad 28.* pero desde el 29. funda lo contrario à favor de la Doña Lucrecia, afirmando à los *num. 77. 78. & 79.* que los matrimonios deben ser libres al

cap. gemma 29. de sponsal. esforzando su intento con el santo *Concil. Trident. session.24. de reformation. cap.9.* por el que se previene, que ninguno sea ossado à impedir directa, ò indirectamente, que se contrayga matrimonio, y esto baxo de censuras, cuyo fundamento, en quanto al *cap. gemma de sponsal.* queda deshecho en este §. *n.4.*

8. Ni entonces obsta la decision del santo Concilio, porque ademàs de lo antes dicho, se previene, que esta decision Conciliar comprehende, no à los que prohiben, si à los que compelen, à que se contrayga el matrimonio; asi lo dixo *Bonacin. de matrim. q.3. punct.8. n.34. versic. secundò*; sus palabras: *Secundò in hac excommunicatione non includi eos, qui prohibent matrimonium contrahi: Concilium enim non loquitur de prohibentibus, sed de cogentibus.* Del mismo dictamen es *Barbos. in dict. cap.9. n. final.* Y no solo esto, sino que en este decreto no se comprehenden los padres, aunque injustamente compelan à sus hijos. *Barbos. vbi supr. n. 6.* y mas fundamental *Bonacin. vbi supr. dict. n. 34. versic. advertendum*; sus palabras: *Advertendum est primò, in hac excommunicatione non comprehendi dominos cogentes sua mancipia contrahere matrimonium, sicut neque comprehenduntur patres, qui prohibent, vel cogunt filios invitos ad matrimonium; nam Concilium loquitur de cogentibus, qui habent iurisdictionem in foro externo, vt patet ex præfatione illius capitis, iuxta quam intelligendum est decretum. leg. final. ff. de hæred. instit.*

9. Menos aprovecha, que quiera *Ciriac. dict. controv. 451. n.80.81. & 82.* que à ser la condicion valida, fuera por medio de ella querer privar à la Doña Lucrecia de la herencia paterna, en cuyos bienes, aun vivo su padre, tenia dominio *leg. in suis 11. ff. de liber. & posthum.* y en los que *ex communi parentum voto* debia suceder; *leg. scripto in fin. ff. vnd. liber. leg. mulier §. cum proponeretur ff. ad trebellian. leg. iulianus in fin. ff. si quis omiss. caus. testam. leg. nihil interest. ff. de bon. libert.* cuyos principios, aunque innegables, necessitan en el caso presente de interpretacion. Y asi bien està, que en la legitima *iure naturæ debita* no se pudiesse gravar à Doña Lucrecia *ad text. in dict. leg. quoniam in prioribus, Codic. de inofficios. testament.* ibi: *Ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens, tollatur: & ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.* Pero en lo excessivo de la legitima (atendiòse al derecho civil, por el que se debe regular el caso de la consulta) se debia considerar à la Doña

Lucrecia, como estraña *ad text.in dict.leg. scimus 36. §.cum autem 10. versic. sancimus Codic. eod.tit. de inofficios. testament.* con que si la privacion en la Doña Lucrecia no recayò sobre la legitima, sino sobre lo excessivo de ella, cessa sin duda el fundamento de el autor al citado *versic. sancimus 16. Reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit.*

10. A mas se estiende la especialidad de el autor: Hizole fuerza, que sino obligaba el gravamen, este seria superfluo; y para desvanecerse à sì proprio en la objeccion, se responde en el *num.70 & si diceretur: Ad quid ergo serviret hæc dispositio, quæ non potuisset vnquam verificari. Dico, quod testator voluit imponere, & illudere proximioribus consanguineis, affectantibus hanc hæreditatem, & facere actum nugatorium, vt sæpè fieri solet.* Respuesta à la verdad es esta muy agena de derecho; y para su impugnacion se haze esta advertencia: Tanto es el favor de las vltimas voluntades, que aunque en ellas se pongan condiciones imposibles, se tienen por no escritas, segun la ley *obtinuit 3. ff. de condition. & demonstrat. D. Henao Ot. Salmantin. libr. 3. Otio 1. à num. 6.* donde al *n.9.* dà la razon: *Quemadmodum in interpretatione legum, quando occurrunt verba aliqua ineptæ sententiæ, & significationis, solent interpretes coniectari, glossema esse imperiti alicuius glossatoris, aut mendum, quod irrepsit, quod deleut, tanquam alienum à severitate, & iudicio legislatoris: ita antiqui iurisconsulti conditionem impossibilem in vltimis dispositionibus, tanquam mendum delent; quia ineptam adeò continet significationem verborum, & à solido testatorum iudicio alienam, vt irrepsisse potius in scripturam testamenti, aut inconsultò adiecta, quam serio, & ex animo adscripta intelligatur.* Hazese argumento a esta doctrina con la de los contratos celebrados *sub impossibili conditione*, que son nulos, y no tienen subsistencia *leg. certi condictio 9. §. item 6. ff. de reb. credit. leg. continuus 137. §. cum quis 6. ff. de verbor. obligation. leg. si sub impossibili 29. ff. de fideiussorib. leg. 17. tit. 11. partit. 5.* La solucion es comun, y la apuntò *D. Henao dict. libr. 3. Ot. 10. n. 1. ex leg. non solum 31. ff. de obligation. & action.* las palabras de la ley, ibi: *In huiusmodi actu talis cogitatio est, vt nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.* De que se viene à inferir, que la razon potissima, porque los contratos celebrados *sub impossibili conditione* no subsisten, es, porque en los contrayentes mas se presume animo de iocar, que de celebrar contracto. Lo que no sucede en las vltimas voluntades, donde aun las condiciones impossibles no

causan detrimento alguno, porque no es presumible, que los testadores en acto tan serio tengan animo nugatorio, con cuya razon se desvanece la de *Ciriac. dict. Controv.451. num.70.*

§. II.

1. SVpuesto lo licito de las condiciones, y que la voluntad de los testadores se debe observar, como en el §. antecedente queda probado, resta fundar, que por el mero hecho de contravenirse à la voluntad del fundador, se debe privar al successor de la possession del Mayorazgo; y aunque se pudiera probar esto con los mas de los autores, que vàn referidos, y con los textos, que para este fin recopilò *Roxas de incompatibilit. dict. part. 3. cap. 1. n.85.* por notorio todo ello se omite, y solo se recurre à vna prueba de derecho Divino: Forma Dios à Adàn en el campo Damasceno, y le pone en la possession del Mayorazgo del Paraìso terrenal: *Plantaverat autem Dominus Deus Paradissum voluptatis à principio, in quo posuit hominem, quem formaverat. Genes. cap. 2.* Puesto Adàn en èl goze de su Mayorazgo, ponele Dios la condicion, de que del arbol de la vida no coma: *Tulit ergo Dominus Deus hominem, & posuit eum in Paradisso, vt operaretur, & custodiret illum: præcepitque ei dicens: Ex omni ligno comede: de ligno autem scientiæ boni, & mali ne comedas: in quocumque enim die comederis ex eo, morte morieris. Genes. dict. cap.2.* Come Adàn del fruto vedado, por complacer à Eva: *Tulit de fructu illius, & comedit, deditque viro suo, qui comedit. Genes. cap.3.* Llamale Dios, hazele presente la contravencion del precepto: *Quis enim indicavit tibi, quod nudus esses, nisi quod ex ligno, de quo præceperam tibi, ne comederes, comedisti? Genes. dict. cap.3.* Oyele Dios su frivola excusacion: *Mulier, quam dedisti mihi sociam, dedit mihi de ligno, & comedi. Genes. dict. cap.3.* No hallando Dios justa disculpa en Adàn, y aun receloso de que reyterasse la contravencion: *Nunc ergo ne fortè mittat manum suam, & sumat etiam de ligno vitæ, & comedat, & vivat in æternum. dict. cap.3.* le expele del Parayso, le priva de la quieta, y pacifica possession, que de èl tenia, y le cierra la entrada, para que no tenga ossadìa de bolver à èl: *Et emisit eum Dominus de Paradisso voluptatis, vt operaretur terram, de qua sumptus est: Eiecitque Adam, & collocavit ante Paradissum voluptatis Cherubim, & flammeum gladium,*

atque

atque versatilem, ad custodiendam viam ligni vitæ. Genes. dict. cap. 3. En que hallamos, que por la contravencion de el precepto fue privado Adàn de èl goze del Mayorazgo. Y à la verdad, no fue el precepto impuesto, porque el fruto del arbol vedado fuesse nocivo à Adàn, si porque supiesse, que no avia de contravenir à la condicion puesta por quien le avia constituìdo en el summo goze de tantos frutos; pruebalo asi *Roxas de incompat.* (cuyo es el discurso) *dict. part.* 3. *cap.* 1. *n.* 7. *ex P. Ioann. Haye in Genes. dict. cap.* 2. *versic.* 10. *n.* 211. cuyas palabras son estas: *Ideò Deus præcepit primo Parenti, ne comederet de hoc ligno, non tanquam ei naturaliter nocivo, sed ut ex eo cognosceret, maximam esse virtutem obedientiæ, si obtemperaret, vitiumque maximum esse inobedientiam, si Deo foret rebellis.*

2. Lo mismo nos enseñò *D. Augustin. de civitat. Dei libr.* 14. *cap.* 15. cuyas palabras: *Quia ergo contemptus est Deus iubens, qui hominem creaverat, qui ad suam imaginem eum fecerat, qui cæteris animalibus præposuerat, qui in Paradisso constituerat, qui rerum omnium copiam, salutisque præstiterat, qui præceptis, nec pluribus, nec grandibus, nec difficilibus oneraverat, sed uno brevissimo, atque levissimo ad obedientiæ salubritatem adminiculatus fuerat, quo super eam creaturam, cui libera servitus expediret, se esse dominum commonebat, iusta damnatio subsecuta est.* Sigue despues el Santo Doctor: *Vbi enim magna est inobedientiæ pœna proposita, & res à creatore facilis imperata, quisnam satis explicet, quantum malum sit, non obedire in re facili, & tantæ potestatis imperio, & tanto terrenti supplicio?* En cuya atencion si el gravamen puesto à las hembras en la fundacion de este Mayorazgo, para que casen con persona noble, no es dificultoso, ni infringe la libertad, no avrà duda, que por la contravencion de èl, quedaràn inhabiles para su succesion, y goze.

3. Sirva de corolario à este fundamento la resolucion de *Matut. disquisition. legal. disquisition.* 36. cuyo caso, por ser mas vrgente que el de este pleyto, se propondrà con las mismas vozes, que le refiere el autor: *Don Luis de Granada estando en servicio del Rey, ausente de sus hijos, y muger, hizo vn Mayorazgo de todos sus bienes con facultad Real, y con poder, que de su muger tenia; y entre otras puso en èl la clausula siguiente:* Y en caso, que los tales mis hijos varones mueran sin tener hijos, ni descendientes legitimos; ò no estuvieren vivos, al tiempo, que este mi Mayorazgo llegare à España, quiero, que succedan en èl mis hijas, y sus descendientes legitimos, prefiriendo siempre la mayor à la me-

nor;

nor, con tal que se casen con la voluntad de su madre, y con quien sea Cavallero hijodalgo; y en caso que no lo hizieren, quiero, que en este mi Mayorazgo no suceda, la que de ellas contraviniere à esta mi voluntad, y la de su madre; y que en pena de averse casado, no pueda ser admitida à la succesion de este mi Mayorazgo, sino que passe à la siguiente en grado, casandose con Cavallero hijodalgo, y con la voluntad de su madre, y no de otra manera. *Muriò con esta disposicion el dicho Don Luis de Granada antes de venir à España, y en tiempo que era vivo Don Antonio de Granada, su hijo, el qual aceptò dicho Mayorazgo, juntamente con su madre Doña Juana de Zamora, en todo, y por todo: y por la parte de los bienes, que à ella tocaba, hizo aceptacion, y ratificacion en forma: y lo mismo hizieron dos hijas que tenia; y esto fue, quando yà avia algunos años, que la hija mayor de los dichos Don Luis de Granada, y Doña Juana de Zamora era casada contra la voluntad de su madre, y con quien no era Cavallero hijodalgo; en las quales dos cosas no se pone duda. Andando el tiempo, muriò Don Antonio de Granada, primer posseedor, sin hijos, y su madre dentro de pocos dias, declarando no pertenecer este Mayorazgo à la hija mayor, por averse casado contra su voluntad, y con quien no era noble, sino â la segunda hija, por aver cumplido con ambas condiciones.* Sigue despues el autor, añadiendo: *La question es entre estas dos hermanas, respecto de pretender la segunda excluir la pimera en virtud del cumplimiento de las dos condiciones. La primera hermana se defiende, por el serlo, y por el no aver tenido noticia de ellas, quando se casò.* Supuesto este hecho (que à la verdad es mas duro, que el de nuestro pleyto; pues si en èl ay el gravamen de casar con persona noble, no le ay para executarlo à arbitrio de la madre de el successor) resolviò el autor, que la segunda hija debia succeder en el Mayorazgo, por aver la primera contravenido à las dos condiciones; y haziendose cargo, de que la contravencion de la hija mayor fue anterior à la fundacion del Mayorazgo, responde al *n.43.* ibi: *El dia, que esta hija aceptò por su parte este Mayorazgo, en que viò esta clausula, se hizo incapaz de poder succeder en èl, vt probat textus in leg. ex nisse toto 77. ff. de hæredib. instit. secundum intellectum Bartol. in leg. quæ dotis ff. solut. matrimon. n. 12.* Con cuya alegacion se pudierà tambien satisfacer à otra, que por Don Francisco Murillo se ha hecho, de que el Fundador fue gustoso en llamar à su muger Doña Maria de Arguixo, quando para su dote ayudò muy mucho; pues ademàs de que no consta, si este matrimonio fue

an-

anterior à la fundacion de el Mayorazgo, siempre subsistirà no solo la doctrina de *Matut. dict. num.* 43. sino tambien la de *Roxas dict. part.* 3. *cap.* 3. *num.* 23. que se tocò en el §. 1. *n.* 6. por no hallarse en la Doña Maria la qualidad, que previno el Fundador.

§. III.

1. BIen pudiera fundarse en este §. que por ser varon Don Francisco de Zevallos, debiera preferir à Doña Maria, Doña Marcelina, y Doña Ignes de Arguixo, aunque se las concediesse predileccion de linea; segun los autores, que refiere *Parlador. quotidian. qq. q.* 1. *n.* 4. *Casanat. consil.* 47. *per tot.* pero venerandose la disposicion de la *ley* 13. *tit.* 7. *libr.* 5. *Recop.* y por no altercar, donde no son claros los fundamentos, se omite este medio; y solo se fundarà, que por ser persona noble Don Francisco de Zevallos, y no serlo las referidas Doña Maria, Doña Marcelina, y Doña Ines, tiene para con ellas infalible prelacion.

2. Antes de entrar à la resolucion de este punto, es necessario hazer memoria, de como Don Francisco de Zevallos tiene probado ser hijo legitimo de Doña Maria de Escobar, y Arguixo, y de Don Juan de Zevallos, y Zuñiga, quien por el año passado de 1688. fue recebido por noble en dicha Villa de Segura de Leon, en la que assi dicho Don Juan, como Don Francisco su hijo, han exercido los empleos honorificos, y proprios de Cavalleros notorios, hijosdalgo de sangre; que constan por el testimonio dado por Don Antonio Tello, Escrivano de Cabildo de dicha Villa. Tambien es precisso hazer reflexa, sobre que dicho Don Francisco de Zevallos tiene probado ser, por varonìa, quarto nieto de Juan de Zevallos, el que con su hermano Diego de Zevallos litigò su nobleza en la Real Chancilleria de Granada, y Sala de hijosdalgo della, donde en contradictorio juyzio, aviendo obtenido sentencias de vista, y revista, se despachò à su favor Real carta executoria, con fecha de 15. de Octubre, del año passado de 1596. cuya copia cotejada con citacion contraria, està en los autos, la que aprovecha muy mucho à Don Francisco de Zevallos, segun *Scaño propugnac. disceptat.* 3. *cap.* 3. *n.* 21. donde entre los modos de probar nobleza, pone este, ibi: *Vel constet per sententiam*

tran-

transactam in rem iudicatam, quod eorum ascendentes, & antiquiores fuerunt nobiles declarati. Optimè *D. Regens Leo. deciss. tom. 3. deciss. 6. n. 12. 13. & 14.* Constan tambien de los autos los actos positivos de los ascendientes de Don Francisco de Zevallos; con que no puede dudarse, que el referido sea hijodalgo; *D. Leo. dict. deciss. 6. n. 16. & 17.* mayormente, quando las sentencias, que se dieron à favor de Juan de Zevallos, quarto abuelo de el Don Francisco, fueron con citacion de el Fiscal, que entonces era de la Chancilleria, y del Syndico Procurador de la Villa de Villa-Franca, donde por entonces vivia el Juan de Zevallos, à la *ley 12. tit. 11. libr. 2. Recop.* ibi: *Ordenamos, que el fijodalgo, que no fuere dado en la nuestra Corte, y Chancilleria, y con el Procurador del Lugar, donde mora, y con nuestro Procurador, por fijodalgo, que la sentencia, que por èl fuere dada, sea ninguna.* Son para lo mismo relevantes pruebas las *leyes 7. & 8. tit. 11. libr. 2. Recop.* y la *ley 3. tit. 21. partit. 2.* ibi: *Pero la mayor par de la fidalguia ganan los homes por honra de los padres, ca maguer la madre sea villana, è el padre fijodalgo: fijodalgo es el fijo, que de ellos naciere.* Con que no puede aver duda, en que en Don Francisco de Zevallos se halla la qualidad de nobleza, que previno el Fundador, y à la que apreciò tanto, que por ella diò prelacion.

3. Hazese luego presente la replica, de que en Don Francisco de Zevallos no se halla nobleza, que fue la que para la prelacion pidiò el Fundador desde su primero llamado; pues solo en el Don Francisco ay hidalguia de sangre, que es cosa muy distinta de nobleza, porque para esta es necessario, que aya nobleza en el padre, y la madre, y para aquella bastante es, que la aya en el padre, aunque la madre carezca de ella; y aun por esto el que nace de padre noble, y madre plebeya, no nace noble, sino hidalgo; dizelo assi la citada *ley 3. tit. 21. part. 2.* ibi: *E por fijodalgo se puede contar, mas non por noble.* Y *D. Gregor. Lopez* exponiendo estas palabras, dize: *Non dicitur nobilis genere, nisi qui ex vtroque parente nobilis est.* Optimè *Otalor. de nobilitat. part. 2. cap. 2. n. 5. & 7. in fin. D. Pichard. de nobilitat. communic. n. 11.* Conociò este argumento *Mierez de maiorat. part. 1. q. 51. n. 57. vsq. ad 61.* hablando de semejantes condiciones, y aunque en los *num. 57. & 58.* le pondera, no obstante al 61. dize, que quando segun la costumbre de la region aquellos, que propriamente son hidalgos, se llaman nobles, es lo vno con lo otro convertible: *Quando ex consuetudine Regionis*

con-

constaret, quod homines communiter eos, qui sunt hijosdalgo, vocant nobiles, lo prueba *ex leg. anniculus ff. de verbor. signification. leg. librorum §. quod tamen Casius ff. de legat. 3.* Y siendo tan notorios, que en la Provincia de Extremadura, y ambas Andaluzias no se dà por la comun locucion distincion de noble à hidalgo, antes si se vnivocan estos nombres, aunque entre sì verdaderamente se distingan, manifiesto es, que en Don Francisco de Zevallos no ay repugnancia alguna con la ley de partida para la prelacion, que diò el Fundador.

4. Probado, que en Don Francisco de Zevallos ay la qualidad de nobleza, que por voluntad del Fundador es prelativa, resta fundar, que esta no se dà en Doña Maria, Doña Marcelina, y Doña Ignes de Arguixo; y para afirmar, que carecen de ella, no es menester proponer otra cosa, que no averse por parte de las referidas probado ser nobles, quando ninguno en caso de duda se presume serlo; comun es la doctrina, y assi la enseñan *Tianquell. de nobilitat. cap. 11. n. 13. Menoch. de præsumption. libr. 6. præsumption. 60. à n. 1. vsque ad 6. Avendañ. de exequend. mandat. part. 2. cap. 14. num. 24. versic. in dubio. Garcia de nobilitat. gloss. 12. n. 3. Post. de manuten. deciss. 479. n. 3. D. Regens Leo. deciss. dict. libr. 3. deciss. 6. n. 3. & 4. Azeved. in leg. 4. n. 23. tit. 2. libr. 6. Recop. Lara de capellan. libr. 2. cap. 4. num. 73. Moreno de Vargas de nobilitat. discurs. 7. n. 8. Barbos. repertor. litter. N. Pegas ad ordination. tom. 3. libr. 1. tit. 24. ad rubric. gloss. 11. n. 12.* Con que por legitima ilacion se deduce, que aviendo Don Francisco de Zevallos probado su nobleza, y no aviendose justificado tenerla Doña Maria, Doña Marcelina, y Doña Ignes, toda la vez, que el Fundador prefiriò para el goze del Mayorazgo el noble al que no lo fuesse, debe Don Francisco de Zevallos ser puesto en la possession Real, actual, corporal, vel quasi de los bienes de èl.

5. Vna dificultad tiene lo fundado en el numero antecedente, y consiste, en que Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo, estando, como estàn, casadas con Don Francisco, y Don Diego Murillo, como nobles que se consideran estos, en fuerza del privilegio, que despues se impugnarà, participarà la vna, y la otra de la nobleza, que sus maridos suponen tener à la *ley 9. tit. 11. libr. 2. Recop.* ibi: *Y otrosi à las mugeres, que fueron casadas con hijosdalgo, y mantuvieren castidad*; *leg. 7. tit. 2. part. 4.* ibi: *E aun ha otra fuerza el casamiento, que segun las leyes*

 an-

antiguas, que maguer la muger fuesse de vil linage, si casare con Rey, debenla llamar Reyna, è si Conde, Condesa. Con otras, que para el mismo assumpto refiere *D.Pichard.de nobilitat. communic. n. 17. & 42. Velasco de privileg. pauper. part. 2. q. 3. num. 209. Bovadill. politic. libr.2. cap.16. n.225. D.Olea de cession.iur. tit.3. q.3. n.29. & in addition. ad hanc q. post num35.* y abundantemente *D.Frasso de reg. indiar. patronat. tom. 2. cap. 90. à n.46. & cap.99. num.28.* Puedese corroborar esto con la decision de la ley *Princeps 31. ff.de legib.* donde se resuelve, que por estar el Principe libre de la ley en aquel verdadero sentido de obligacion coactiva, que apuntò *Sayr. Clav. reg. libr.3. cap.4. n.5.* lo està tambien la Augusta: *Princeps legibus solutus est. Augusta autem, licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quæ ipsi habent.* En cuya virtud parece, que considerandose nobles, en fuerza de su privilegio, Don Francisco, y Don Diego Murillo, la Doña Marìa, y Doña Marcelina, como casadas con ellos, no carecen de nobleza: y assi lo dà à entender vna de las clausulas del privilegio, que Don Juan Murillo de Saavedra, padre, que se dize de Don Francisco, y Don Diego Murillo, obtuvo 99. años, 9. meses, y 28. dias, despues que à el quarto abuelo de Don Francisco de Zevallos se despachò la Real executoria de su nobleza por la Chancilleria de Granada; la clausula es esta: *Y à las mugeres legitimas, que tuvieredes, y tuvieren assi durante el matrimonio, como quedando viudas de vos el dicho Don Juan Murillo de Saavedra, y de vuestros hijos, y descendientes legitimos, y naturales por linea recta de varon, segun dicho es, se les observe, guarde, y cumpla, lo que se vsa guardar, y hazer con las mugeres de los otros hijosdalgo de sangre destos mis Reynos, y Señorios.*

6. Dificultosa al parecer es la replica; pero siendo el privilegio concedido à las mugeres casadas, y viudas de nobles, de tal calidad, que no pueda perjudicar à tercero, como en caso mas fuerte se probarà despues, y prescindiendo del privilegio de Don Francisco, y Don Diego Murillo; y si entonces se dieran muchas especialidades, se satisface, que no porque la muger plebeya case con persona noble, aunque estè essempta de las contribuciones, se ha de dezir, que en ella concurra por la participacion nobleza, tal, que con ella pueda succeder, perjudicando à tercero, que propriamente goza de nobleza; y la razon de esto nace, de que aunque la muger se case, no se immuta lo natural de su estado, y condicion; probòlo *Roxas de*

in-

incompatibilitat. part. 4. cap. 3. n. 19. donde hablando desta materia, aunque para otro fin, dize: *Quoad vnionem familiæ respondemus, quod quando dicitur, quod vxor efficitur de familia mariti, intelligitur de familia comprehendente omnes illos, qui in servitio, vel potestate nostra sunt. leg. pronuntiatio 195. §. 2. versic. iure proprio ff. de verbor. signification.* Añade al *num.* 20. *Non autem efficitur de familia viri, id est, de progenie nobili, vel ignobili agnatione, seu de domo mariti, & propinquorum, qui portant nomen, & arma, seu agnationem paternam.* Y en comprobacion de la doctrina de *Roxas vbi supr.* se haze esta consideracion: Si la muger plebeya, casando con hombre noble, se hiziera tambien noble, los hijos deste matrimonio no se dixeran hidalgos, sino nobles, porque yà nacian de padre, y madre nobles: es assi, que los hijos de este matrimonio se denominaràn hidalgos, y no nobles; luego no porque la muger plebeya case con noble, se haze ella noble. La mayor del sylogismo se prueba con la citada *ley 3. tit. 21. part. 2.* donde se expressa, que aquel nace noble, cuyos padres son nobles: La menor tambien se prueba con la misma ley de partida, y lo que queda fundado en este §. *n. 2.* Con que aunque goze entonces la muger de essempcion de contribuciones, no por esso goza de nobleza, y por el consiguiente, por este medio no la tienen Doña Maria, y Doña Marcelina para efecto de succeder en el Mayorazgo, como nobles.

7. Puedese al intento principal de este medio oponer, que el Fundador llamò à la linea de Don Alonso de Arguixo, su hijo, de quien se dize descender Doña Maria, Doña Marcelina, y Doña Ignes, con anterioridad à Don Francisco de Zevallos, y que por esta predileccion, aunque carezcan de nobleza, le deberàn preferir en la succession, como que fueron llamadas con predileccion à Don Francisco, à la ley *quoties ff. de vsufruct. leg. hæredes mei §. peto ff. ad trebellian. leg. si ita legatum in princip. ff. de legat. 1.* Pero à esto se satisface, que toda la vez, que el Fundador, despues de hechos los llamamientos, quiso preferir el noble al que no lo fuesse, poniendo esta clausula: *Y quiero, que en la succession de este dicho vinculo, desde su primero llamado, sea preferido el que fuere noble al que no lo fuere.* Por esta clausula, como que es oracion perfecta, se debe regir, y governar toda la disposicion, y à ella quedaron sujetos los llamamientos. *leg. etsi 3. §. filius 2. ff. de liber. & posthum. leg. final. ff. de reb. dub. leg. talis scriptura 30. §. final. ff. de legat. 1.* ibi: *Hanc autem*

scripturam non solùm ad præcedentia sola legata, sed ad vniversa, quæ testamento adscripta sunt, extendi, Gallus Aquilius, Ofilius, Trebatius responderunt, idque verum est. Enseñòlo *Bartol. in dict. leg. final. ff. de reb. dub.* donde dize: *Clausula in fine posita non refertur solùm ad omnia proxima, sed ad omnia præcedentia continuata scriptura prolata. Casanat. consil. 47. n. 72. & seqq.* Y doctamente, y como acostumbra, lò probò el Licenciado Don Pedro Garcia Vello, Maestro de el Abogado de Don Francisco de Zevallos, en su erudito defensorio por el Padre general de menores desta Ciudad de Sevilla, sobre la manutencion, y conservacion de su empleo, *num. 33. ex leg. qui filiabus, leg. si servus §. vltim. ff. de legat. 1.* Y no ay entonces necessidad de recurrir à conjeturas, pues el mismo Fundador glossò, è interpretò su voluntad. *Casanat. dict. consil. 47. n. 63. Quando enim testator se ipsum glossat, & mentem suam declarat, nunquam itur ad interpretationem, & glossam legis. Nulla enim melior interpretatio, & glossatio, quam sit glossa, & interpretatio disponentis.* Mayormente quando en las vltimas voluntades lo regular es, que las vltimas palabras expliquen las primeras, *leg. quamvis ff. de fideicomm. Mantic. de coniectur. lib. 6. tit. 13. n. 1.* Y que al modo, que no es justo juzgar, ò responder por sola vna palabra de la ley, sin que toda ella se escudriñe, *leg. in civile 24. ff. de legib. in civile est, nisi tota lege perspecta, vna aliqua particula eius proposita iudicare, vel respondere.* de la misma forma no es debido, que sin atenderse à todas, y cada vna de las clausulas de la fundacion, se quiera determinar à favor de Doña Maria, Doña Marcelina, y Doña Ignes de Arguixo, quando del testamento del Fundador vnas clausulas se explican por otras, y de todo el contexto se debe deducir su legitima deliberacion. *Mantic. vbi sup. num. 4. versic. quod secundo, & n. 11. Casanat. vbi supr. num. 35. & 95. leg. nummis 75. ff. de legat. 3. leg. Mævia 44. ff. de manumiss. testament.*

§. IV.

1. Hase de fundar en este §. que por aver Doña Maria de Escobar, madre de Don Francisco de Zevallos, casado con Don Juan de Zevallos, y Zuñiga, debe preferir Don Francisco à Doña Maria, y à Doña Marcelina, por aver aquella casado con persona noble, y estas por el contrario. Y no pu-

pudiendose dudar, que Don Juan de Zevallos, y Zuñiga sea persona noble, como queda fundado §. 3. *num.* 2. se funda el derecho de Don Francisco de Zevallos, en que si Doña Maria de Escobar, su madre, viviera, prefiriera à dichas Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo; con que representando Don Francisco à su madre, precisso es, que las deba preferir, expresso texto para la representacion la *ley* 40. *taur.* que oy es *L.* 5. *tit.* 7. *libr.* 5. *Recop.* sus palabras: *En la succesion del Mayorazgo, aunque el fijo mayor muera en vida del tenedor del Mayorazgo, ò de aquel, à quien pertenece, si el tal fijo mayòr dexare fijo, ò nieto, ò descendiente legitimo, estos tales descendientes del fijo mayor, por su orden, prefieran al fijo segundo del dicho tenedor, ò de aquel, à quien el dicho Mayorazgo pertenecia.* Añade la ley: *De manera, que siempre el fijo, y sus descendientes legitimos, por su orden, representen la persona de sus padres, auuque sus padres no ayan sucedido en los dichos Mayorazgos.* Optimè *Zevallos commun. q.* 762. *per tot. Salzed. Robles de representation. libr.* 1. *cap.* 12. *n.* 20. *&* 73. *& libr.* 2. *cap.* 29. *à n.* 16. Probado esto, y que despues se probarà, que Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo no han casado con personas nobles, es manifiesta la preferencia, que tiene Don Francisco de Zevallos por representacion de su madre.

2. Para excluir esta alegacion por parte de Don Francisco, y Don Diego Murillo, entre otras se ha hecho vna, que consiste, en que aun aviendo contravenido Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo à la voluntad de el Fundador, no por esso pudiera tener lugar la pretension del Don Francisco de Zevallos, pues de tenerle, se siguiera, que el Mayorazgo hiziera transito de vna linea à otra; lo que no debe permitirse. *D. Molin. de primogen. libr.* 3. *cap.* 6. *n.* 30. Mayormente, siendo nietas la Doña Maria, y Doña Marcelina; fundarse pudiera la alegacion con la doctrina, que *Mierez de maiorat. part.* 1. *q.* 51. *n.* 49. trae de *Angul. de melioration. in leg.* 11. *tit.* 5. *gloss.* 7. *libr.* 5. *Recop.* donde afirma, que al modo, que los descendientes no pueden ser expressamente exclusos en fuerza de la *ley* 27. *taur.* de la misma forma no pueden ser privados por el gravamen de semejantes condiciones.

3. Para inteligencia de esto, es de advertir, que contraviniendo el descendiente, ò se halla otro descendiente, ò no hallandose, concurre transversal: Si concurre descendiente, queda privado el que contravino; pero si no hallandose descendiente,

cendiente, concurre transversal, aunque el descendiente contravenga, no por esso puede ser privado; porque entonces no se arreglò la voluntad de el Fundador à el permisso, que la ley 27. de Toro le diò, siendo el Mayorazgo de tercio, y quinto, y de todos los bienes con facultad Real; y si esta exclusion no la puede hazer expressamente, menos la podrà conseguir con el pretexto de conttavencion. Explicò muy bien esto *Roxas de incompat. part. 3. cap. 1. n. 86. sed limitatur nostra declaratio. Primò, si defficiat liberà potestas in institutore maioratus, veluti in parentibus, quando instituunt maioratum ex tertio, & quinto bonorum: cum secundum ius nostrum ex leg. 27. taur. præcisè teneantur servare formam, & ordinem à leg. 27. taur. præfixum, taliter quod in primis succedere debent descendentes legitimi, postea naturales, deinde ascendentes, & denique his finitis, transversales; & nisi deficientibus transversalibus non possint succedere extranei. Ideòque cuilibet gravamini, vel conditioni, & præcepto institutoris, etiam in casu, quando prohibet sub pœna privationis, ne contrahat successor cum ignobili, vel cum persona ex generatione Iudæorum, Sarracœnorum, & his similium, non tenentur parere successores, nisi inter eos, qui sunt eiusdem gradus, veluti inter filios, ac descendentes legitimos, ac naturales.* El mismo *Roxas dict. part. 3. cap. 3. n. 33. Ampliatur denique, etiam quando dicta conditio fuerit apposita in maioratu à parentibus instituto ex tertio, & quinto bonorum iuxta decisionem leg. 27. taur. tenentur enim eam observare filij, seu descendentes, & ascendentes, atque etiam transversales, dum tamen sit per illum ordinem à dict. leg. 27. præscriptum, & inter illos tantum, qui sint eiusdem gradus, & aliquis superstit ex ejs, qui huiusmodi sit gradus, quia nullo superstite, etiam si is contraveniat, non faciet transitus maioratus ad alium.* Vease al mismo *Roxas part. 6. cap. 1. n. 96.* con los demàs lugares suyos, que para lo mismo recopilò su addicionador *Aguila dict. part. 3. cap. 1. n. 86.* ni entonces obsta la doctrina de *Mierez dict. q. 51. n. 49.* porque esta no dissuena de la que se lleva fundada, y por esso dize: *Nam qui sic contraxerit, non potest excludi per collaterales, vel extraneos, & nisi per eum, qui secundum ordinem prædictæ legis potuit à testatore præferri expressè. Vnde nec fœmina proximior per transversalem excludi poterit.* Con que si Don Francisco de Zevallos es descendiente de el Fundador, aunque à Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo se concediera ser nietas de el Fundador, no avrà dificultad, en que aviendo contravenido à la condicion puesta en la fundacion, podràn ser exclusas, y hazer el Mayorazgo transito de

vna

vna à otra linea ; mayormente no aviendo radicadose en la de Don Alonso de Arguixo ; porque hasta oy no ha llegado el caso de que empieze à divagar por lineas el Mayorazgo, porque Don Diego de Arguixo (por cuya muerte està vacante) fue el vltimo de los llamados personalmente.

§. V.

1. VAgo, y pendulo quedò el fundamento antecedente, por no averse probado en èl, que Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo casaron con ignobles; y debiendose probar esto aora, antes de entrar à fundarlo, es necessario hazer memoria, que se apuntò en el hecho, que con el motivo de la particion extrajudicial, que de sus bienes hizo el Fundador de este vinculo, tiene Don Francisco de Zevallos movido pleyto sobre la nulidad de esta particion; cuyo litigio fue causa, de que muerto Don Diego de Arguixo, vltimo possèedor de èl, se intentasse por el señor Governador de dicha Villa de Segura de Leon (donde el Don Diego vivia, y fallesciò) se inventariassen los bienes de este; y para evitar esto, y otras cosas (que nunca pidiò Don Francisco de Zevallos) Don Diego Murillo, como curador ad litem de Doña Ignes de Arguixo, pidiò se le entregasse cierto legado, que à la Doña Ignes hizo el Don Diego de Arguixo, à cuya satisfaccion, y restitucion se obligò con persona, y bienes avidos, y por aver, como consta del *Otrosi* del pedimento del folio 34. que se presentò en dicho pleyto, de cuyo *Otrosi* ay copia en estos autos puesta con citacion contraria.

2. Con este allanamiento se ha alegado por Don Francisco de Zevallos, que Don Diego Murillo no es noble; lo ha probado, de que los nobles no se obligan con persona, y bienes; salvo en causas, que descienden de delito, y quasi delito à la *ley* 79. *taur.* (que es oy *L.6.tit.2.lib.6.Recop.*) *leg.4.in princip. leg.5. dict.tit.2. libr.6. Recop. D.Olea de cess. iur. tit. 6. q. 4. n. 20. & duobus seqq. & tit. 5. q.8. n.9. versic. si enim constaret. Balmazed. de collect. q.97.n.4.* ò en las de rentas Reales en la conformidad, que se expressa en la citada *ley 4. tit. 2. libr. 6. Recop. leg. 5. & final. eod. tit. & libr.* y esto por la razon, que dà la citada *ley 4.* ibi: *Porque en tal caso èl mismo quebranta su libertad.* Y haze mas fuer-

fuerza el allanamiento à vista de hazerse en pedimento firmado de Abogado, cuya confession, como hecha en libelo, plenamente prueba, aun en lo criminal, como enseñò *Gomez var. tom.3. cap.12. n.4. D.Larrea allegation. 66. n.74.* con los demàs, que juntò *Ayllon. ibidem. n.5.*

3. Por el Abogado de Don Francisco de Zevallos se ha parado la consideracion en esta alegacion mas de lo precisso, no tanto por lo que à su favor haze, quanto por el esfuerzo, qne de contrario se ha querido poner en desvanecer este medio, y el rumbo, que para este efecto se ha tomado, consiste en que *no debe ignorarse, que ay obligaciones personales, y Reales, que surten entre sì diferentes efectos, y que aunque el noble no pueda ser presso por negocio civil, puede sin perjuyzio de su nobleza, y sin que los fueros de ella se le impidan, obligarse pensonalmente, tacitamente, ò con expression, como lo pueden los Eclesiasticos, que son mas privilegiados.* Vozes son proprias, con que se ha procurado diluir la dificultad.

4. Para la impugnacion de esta respuesta es necessario suponer, que en qualquiera contrato nace obligacion personal, como fundò *Avendañ. de censib. cap.59. n.4.* y es la razon, porque esta obligacion nace del consentimiento de los contrayentes *ad text. in leg. consensu fiunt 2. leg. quæcumque 11. ff. de obligation. & action.* ibi: *Quæcumque gerimus, cùm ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt.* Si en este sentido se quiso dàr la respuesta, se conviene en ella, en quanto à lo expresso de la obligacion, no solo en los nobles, sino tambien en los Eclesiasticos, pues ninguno ha negado, que los vnos, y los otros en sus contratos se obliguen personalmente; verdad es, que esto de nacer de el contrato obligacion personal, es cosa distintisima de hazerse obligacion con persona, y bienes, à que mirò el allanamiento de Don Diego Murillo. Y si la respuesta es en sentido de que los nobles puedan obligar su persona, y bienes, renunciando su privilegio, y si en esta conformidad corre la pariedad de los Eclesiasticos, se niega lo vno, y lo otro, pues en quanto à los Eclesiasticos, expressa es la prohibicion, en quanto à la renunciacion de su privilegio, aunque sea con juramento *cap.si diligenti. de for. competent.* ibi: *Manifestè apparet, quod non solùm inviti, sed etiam voluntarij pacisci non possunt, vt sæcularia iudicia subeant, cum non sit beneficium hoc personale, cui renunciari valeat, sed potius toti collegio Ecclesiastico publicè sit indultum, cui*

pri-

privatorum pactio derogare non potest; doctamente *Balboa in cap.* 1. *q.* 2. *per tot. de for. competent.* y si se mira al beneficio de el *capit. Odoardus de solution.* se hallarà que no puede renunciarle el Clerigo para ser presso, como fundò *Gutierrez de iurament. confirmat. part.* 1. *cap.* 17. *n.* 34.

5. Aproximese el discurso, à si pueda el noble renunciar su privilegio, y ser presso en materias mere civiles, y no de rentas Reales. Controvertible fue en otros tiempos esta question entre los autores del Reyno, como se dexa ver de *Azeved. in dict. leg.* 4. *n.* 14. *vsq. ad* 20. *tit.* 2. *libr.* 6. *Recop. Moren. de Vargas de nobilitat. discurs.* 12. *n.* 12. *in fin.* pero yà cessò esta contienda con la decission de la *ley final. dict. tit.* 2. *libr.* 6. *Recop.* No era necessario referir sus palabras; pero se darà, y tomarà el trabajo de copiarlas, porque como sino fuera ley Real, è inserta en libros, que todos deben tener muy vistos, no se ha dexado de poner duda en ello; las palabras de la ley ibi: *Ordenado està, que ningun hidalgo pueda ser presso, ni encarcelado por deuda, que deba; salvo, sino fuere arrendador, ò cogedor de nuestros pechos, y derechos, porque en tal caso èl mismo quebranta su libertad; y que por deudas que deba, no sean prendadas las casas de su morada. Las quales preeminencias, y libertades de los hijosdalgo es nuestra voluntad, que no se puedan renunciar, ni renuncien; y si lo hizieren, queremos, que las tales renunciaciones no valgan, y sean en si ningunas; y que el Escrivano, que las pusiere en semejantes obligaciones, y escripturas, incurra en pena de diez mil maravedis.*

6. Injusto fuera, que à vista de tan generosa, y amplia resolucion, con clausulas irritantes, huviesse, quien se ossasse à fundar, que aun oy pueden los nobles por la tacita renunciacion perder sus privilegios, vulnerando assi aquel principio: *Quod denegatur per vnam viam, denegatur per quamlibet aliam.* Mucho ha dado en que entender aquel versiculo: *Porque en tal caso èl mismo quebranta su libertad.* Vnos autores han ocurrido, à que por arrendadores de rentas los nobles, pierden su libertad, por ser cosa indecente arrendar rentas Reales: assi lo dixo *Azeved. in dict. leg.* 4. *n.* 26. *tit.* 2. *libr.* 6. *Recop. Tunc ipse sese privilegio nobilitatis privat, cum in sordidorum hominum genere hæc versari solent.* Verdad es, que al *num.* 33. se aparta de este dictamen, y con razon, porque como dize *Boler. de decoction. tit.* 1. *q.* 8. *n.* 11. *Non enim est res indigna conducere regia vectigalia ea indignitate, quæ pœnam, hoc est, privilegij amissionem promereatur.* Con-

vino

vino en lo mismo *Gutierrez de iurament. confirmator. dict. part. 1. cap. 16.* donde al *num. 72.* dize, que el motivo de perder el noble arrendador de rentas sus privilegios, no es otro, sino el de la tacita renunciacion, con que parece, que yà pudiera darse con quien fundar, que el noble por la tacita renunciacion perdia sus privilegios.

7. Mucho claudica esta doctrina de *Gutierrez*; pero permitase, que se le haga vn argumento con lo proprio, que èl funda: Dize al *num. 68.* del lugar citado, que la causa de perder el noble arrendador sus privilegios, es, porque contractandose con el Principe, autor de ellos, no tienen los privilegios subsistencia alguna; valese para esto de el texto *in leg. ad res donatas ff. de ædilit. edict.* ibi: *Quod minimè dicendum est, ne eo casu liberalitatis suæ donator pœnam patiatur.* Razon à la verdad muy congruente, y que en los mismos terminos quadrò à *Boler. dict. tit.* 1. *q. 8. n. 10. in fin.* y se pudiera fundar latamente, si fuera del assumpto; de este supuesto se deduce esta ilacion: *Luego el noble, que conduce rentas Reales, por el mero hecho de contratar con el Principe, autor de los privilegios de la nobleza, se queda, como sino tuviera privilegio alguno*; y de esta se deduce la siguiente: *Luego entonces no queda al noble privilegio que perder, por la tacita renunciacion*; porque quando contrata con el Principe, se tiene, como sino tuviera privilegios, y la renunciacion presupone derecho renunciable *D. Salgad. labyrint. part. 2. cap. 14. n. 35.* donde al 40. concilia en esta conformidad la ley *hæc ratio 3. in fin. ff. de donation. inter.* con la ley *sed si vir 32. §. si vir ff. eod. tit.* con lo qual parece queda evidenciado, que en el caso de *Gutierrez*, y los que le siguen, no queda por la tacita renunciacion privilegio, que perder, y por el consiguiente, en èl todo impugnada la satisfacion, que se le procura dar à el allanamiento hecho por Don Diego Murillo.

§. VI.

1. NEcessario es, que el que quiere, se le trate, como noble, presente los instrumentos, con que su nobleza se justifique, como afirmò *D. Regens Leo dict. libr. 3. decision. 6. n. 2. versic. & ideò.* por razon de tener fundada los Principes su intencion, como expressa la ley de el Reyno: *Y que*

que Nos tenemos fundada nuestra intenciõ contra quien no probare la tal excepcion, è immunidad. Y assi, razon serà, que se haga memoria, de que Don Juan Murillo de Saabedra, Padre que se dize ser de Don Francisco, y Don Diego Murillo, obtuvo carta de hidalguia, con fecha en Buen-Retiro de 17. de Julio de el año passado de 1696. Con copia de esta carta, y testimonio de los actos positivos de Don Juan Murillo, y los que se dizen sus hijos (cuyos actos tuvieron principio en el año de 1697.) se quiere persuadir, que en Don Francisco, y Don Diego Murillo ay nobleza; y que en su consequencia, Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo, aviendo casado con Don Francisco, y Don Diego Murillo, han cumplido con la voluntad de el Fundador, que previno, que las hembras casen con persona noble.

2. Hase querido adelantar el intento, con que la carta de hidalguia no es como quiera, sino que en ella se declara à Don Juan Murillo por Cavallero hidalgo, notorio de sangre, en possession, propriedad, y notoriedad, de solar conocido, de devengar 500. sueldos, segun fuero de España, con el additamento, de que la declaracion aprovechasse en la propria forma, que si fuessen sentencias de vista, y revista de la Chancilleria, pronunciadas en contradictorio juyzio, vsandose de las clausulas de motu proprio, cierta sciencia, poderio Real, y absoluto; cuya alegacion no ay duda, que es arreglada à vna de las clausulas de dicha carta, que empieza: *Por la presente de mi proprio motu, cierta sciencia, y poderio Real absoluto, de que en esta parte quiero vsar, y vso, como Rey, y Señor natural, no reconociendo superior en lo temporal, por os mas honrar, y ennoblecer, &c.* Ay tambien en dicha carta otra clausula, por la que parece, que diò à entender el Principe, se hallaba informado de la nobleza de Don Juan Murillo, y sus ascendientes; en cuya suposicion parece, que Don Francisco, y Don Diego Murillo son nobles; à la doctrina de *Matut. disquisition. 46. per tot. D. Olea de cession. iur. tit. 6. q. 7. n. 19. D. Leo decision. libr. 3. decision. 9. n. 45. & seqq. Moren. de Vargas de nobilitat. discurs. 7. per tot. & præsertim à num. 15. Barbos. libr. 2. vot. 23. num. 28. Aguila Roxas part. 3. cap. 3. num. 43.*

3. Siendo, pues, todo este el Achiles de la nobleza, que affectan Don Francisco, y Don Diego Murillo, resta evaquarle por algunos medios legales. Sea, pues, el primero, que no

se

se deben conceder cartas de hidalguia, expresso texto la *ley* 8. *tit.*2. *libr.*6. *Recop.* por la que se previene, que no se den tales cartas; y que las que se dieren, sean nulas, aunque contengan las clausulas de motu proprio, &c. las palabras de la ley, ibi: *Mando, y ordeno, que de aqui adelante no se den, ni libren cartas, y privilegios, y albalaes de hidalguias; y si se dieren, y libraren, que por el mismo fecho ayan seydo, y sean ningunas, y de ningun valor, aunque contengan qualesquiera clausulas en ellas contenidas; y aunque se digan proceder de mi proprio motu, y cierta sciencia, y poderio Real absoluto, y contengan otras qualesquiera firmezas, abrogaciones, y derogaciones, y no obstancias: ca yo por la presente las revoco, caso, y anulo, y doy por ningunas, y de ningun valor*; aun antes de esta huvo otra prohibicion, como se reconoce del contexto de la *ley* 7. *tit.* 2. *libr.* 6. *Recop.* vease para lo mismo la *ley* 10. *tit.*11. *libr.*2. *Recop.* Con que no avrà duda, en que la carta de hidalguia, que consiguiò Don Juan Murillo, fue, y es de ningun valor, aunque en ella se insertaron las clausulas de motu proprio, cierta sciencia, &c. Corroboracion de esto es la doctrina de *Azeved. in leg.* 3. *tit.* 4. *libr.* 4. *Recop.* donde al *num.* 8. hablando de estas clausulas, dize: *Nihil dictæ clausulæ operantur, si absque causæ cognitione apponantur.* Y sino consta averse despachado dicha carta con conocimiento de causa (que es quando se citan, y oyen los perjudicados) mal podràn obrar efecto alguno las insertas en dicha copia.

4. Pero hallandose en la carta de hidalguia de Don Juan Murillo, expressamente derogadas las leyes, antes mencionadas, parece, que debe subsistir el intento de Don Francisco, y Don Diego Murillo. Verdadera es la replica, en quanto à lo expresso de la derogacion; mas no obstante, estando prevenido, que no puedan derogarse leyes algunas, quando las cartas, ò privilegios son contra ellas, no por esso se enerva el fundamento del *num.* 3. y para su prueba es expresso texto el de la *ley* 1. *tit.*14. *libr.*4. *Recop.* sus palabras: *Porque acaesce, que por importunidad de algunos, ò en otra manera, nos otorgaremos, ò libraremos algunas cartas, ò alvalaes contra derecho, ò fuero usado; por ende mandamos, que las tales cartas, ò alvalaes, que no valgan, ni sean cumplidas, aunque contengan, que se cumplan no embargante qualquiera fuero, ò ley, ò ordenamiento, ò otras qualesquiera clausulas derogatorias.* La *ley* 2. *dict. tit.*14. *libr.*4. *Recop.* dispone, ibi: *Muchas vezes por importunidad de los que nos piden algunas cartas, mandamos*

dàr

dàr algunas cartas contra derecho; y porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos, que si en nuestras cartas mandaremos algunas cosas en perjuyzio de partes, que sean contra ley, ò fuero, ò derecho, que la tal carta sea obedecida, y no cumplida, no embargante, que en la tal carta se haga mencion general, ò especial de la ley, ò fuero, ò ordenamiento contra quien se diere, ò contra las leyes hechas en Cortes con los Procuradores de las Ciudades, y Villas de los nuestros Reynos, aunque hagan mencion especial de esta nuestra ley, ni de las clausulas derogatorias en ella contenidas. En esta misma ley se dize: *Y todo lo que en contrario de esta ley se hiziere, nos lo damos por ninguno.* En la ley 3. del mismo titulo, y libro se añade al mismo fin: *Aunque se digan proceder dè nuestro proprio motu, cierta sciencia, y poderio Real absoluto.* En cuyos terminos parece inquestionable, que el privilegio, y carta, que obtuvo Don Juan Murillo, como exorbitante, no debe subsistir, aunque contenga abrogaciones, y derogaciones con las clausulas de motu proprio, &c.

5. Sirva el siguiente de segundo medio, en quanto à la atestacion, y declaracion de el Principe, sobre la nobleza de Don Juan Murillo, y sus ascendientes, antes de la impetracion de la carta de hidalguia; y antes de entrar à proponer serà precisso referir, que todo el fundamento de los autores de esta opinion, citados en este §. *num. 2. in fin.* consiste en que por el mero hecho de afirmar el Principe, que qualquiera es noble, se debe estàr à su assercion, dizelo assi *Matut. dict. disquisit. 46.* fundado *in clementin. vnic. de probation.* y para desvanecer este fundamento, se discurre en esta conformidad: No ay duda, en que la atestacion de el Principe merece grave fee, como se prueba con Mascardo, Tusco, y otros muchos, que para lo mismo juntò *D. Cortiada tom. 1. decision. 3. n. 39. & 40.* à los que se añaden *Guzman de evict. q. 9. n. 37. Valeron de transaction. tit. 4. q. 2. n. 21. & 22. D. Salgad. Labyrint. part. 1. cap. 39. n. 10. Ciriac. controvers. 560. n. 9. D. Frasso de Reg. Indiar. patronat. tom. 1. cap. 31. n. 42. Pegas ad ordination. tom. 2. §. 39. de regimin. Senat. Palat. gloss. 96. cap. 2. n. 4. & gloss. seq. cap. 1. à n. 37.* Lo que en tanto extremo es cierto, que dudar desta assercion, es especie de sacrilegio; assi lo expressò *D. Larrea allegation. 60. n. 1. Quia instar sacrilegij esset de Principis assertione dubitare.* Pudierase corroborar el fundamento con la resolucion de aquella celebre question, que pregunta, si al Principe se deberà creer, quando

afirma, que por falta de sus rentas, y por vrgente necessidad, trata de gravar à sus vassallos con nuevas imposiciones, y tributos. Han resuelto los Españoles esta question à favor de sus Reyes, y latamente la fundò *D. Larrea dict. allegation. 60. per tot. & præsertim à num. 3. D. Salced. theatr. honor. gloss. 47. n. 6. 11. & 25.* tambien la llevò *Antunez de donation part. 2. libr. 1. cap. 24. num. 118. Escalon. Gazophilat. Reg. Perubic. libr. 1. cap. 31. n. 2. versic. debese.*

6. Aunque el Abogado de Don Francisco de Zevallos ha conocido la fuerza de el argumento por la veneracion de los Principes, sin embargo escoltado de los autores, se ha atrevido à alegar, y fundarà aqui, que esta assercion no puede causar perjuyzio à tercero; y que la de la Magestad del Sr. Don Carlos Segundo (que de Dios goza) en la carta de hidalguia de Don Juan Murillo de Saabedra no aprovechò à este, porque fue sobre hecho, ageno del mismo Principe. Moviòse à esto el Abogado de Don Francisco de Zevallos por la doctrina de *D. Salgad. labyrint. dict. part. 1. cap. 39. n. 11.* donde aviendo antes propuesto, si el acreedor, que contraxo con posseedor de Mayorazgo, en virtud de facultad Real, en la que se reza averse impretado por el posseedor mismo, no probandose esto aliunde, deba ser exclusso de el concurso formado à los bienes del Mayorazgo, resuelve, que no puede concurrir al concurso, porque no prueba la relacion de la facultad Real, dando la razon de ello, ibi: *Quoniam illa assertio Principis non continet factum proprium, sed relationem ad memoriale supplicationis, sibi exhibitum, quod cum fallax esse possit, & suppositum nomen illius, qui petere sonat, cum ignoret, quid à tertio in eius præiudicium, & detrimentum fuerit hac via alienatum, ex supradictis à principio huius capitis, minus propterea illa assertio Principis, qui non aliter, sed iuxta memorialis relationem incertam loquitur, & asserit.* Añade al *num. 13. Quia quando Princeps attestatur in facto alieno, licet non asserat, sibi ita narratum, adhuc tamen supponendum erit de iure, Principem ita asseruisse, iuxta relationem partis, & ideò nullam inducit probationem. Valeron de transaction. dict. tit. 4. q. 2.* hablando de la facultad Real, para transigir sobre bienes de Mayorazgo, dize sobre la assercion del Principe *num. 4. Hanc resolutionem admitterem, si causa concedendæ facultatis ad alienanda bona maioratus posset citra extraiudicialem cognitionem nota esse Principi.*

7. No sirva de detencion la doctrina de *D. Larrea dict.*

allegation.

allegation. 60. per tot. la de *D. Salzed.* y *Antunez*, citados en el numero antecedente, sobre la assercion del Principe en materia de necessidad para nuevas imposiciones, porque esto se satisface con doctrina de el mismo *D. Larrea*; y antes de proponerla, es de advertir, que el Principe es administrador de su Reyno *D. Larrea allegation.* 8 *n.* 40. à que alude la doctrina de *Bovadill. politic. libr. 5. cap. 5. n. 4. versic. es el Principe.* Por cuya causa no puede en conciencia tolerar, que sus Grandes se apropien las alcabalas en perjuyzio de los otros vassallos, como fundò el mismo *D. Larrea dict. allegation. 8. à num.* 34. por esta causa se pagan à los Principes los tributos, que se llaman alimentos del Reyno, como quiere *D. Salced. in leg.* 4. *cap.* 20. *n.* 8. *tit.* 14. *lib.* 3. *Recop. D. Olea de cession. iur. addition. ad tit. 6. q. 4. post n. 19. n.* 10. Por esta razon, quando el Principe afirma, que no ay rentas, ni patrimonio suficiente, prueba su assercion para nuevo gravamen, porque declara entonces de proprio hecho; que bien *D. Larrea dict. allegation. 60. n. 4. Præterea nam quemadmodum creditur officiali deponenti de rebus, quæ ad suum officium spectant, & eius solum testimonium sufficit pro plena probatione, vt alibi notavimus allegation. 48. n. 9.... ita etiam cum ad Principis officium, munus, & dignitatem spectet, regimen substinere, rempublicam defendere, subditos in iustitia, & pace conservare, sufficit Principem asserere, egere tributis ad regium munus ad implendum, quia de eis, quæ ad eius officium spectant, declarat.* Con que si en el caso presente se està en terminos de hecho, que no es proprio del Principe, no probarè su assercion, para lo qual es abundantissimo lugar el de *D. Miguel de Cortiad. dict. decission. 3. num.* 47. & 48.

8. Ni causàra armonia, si se hiziera argumento con la doctrina de *Barbos. in dict. clementin. vnic. n. 8. de probation.* donde dize: *Narrativæ Papæ de facto alieno, motu proprio, est standum, donec contrarium probetur.* Y que si la atestacion del Principe, en quanto à la nobleza de Don Juan Murillo, y sus descendientes, contiene clausula de motu proprio, se deberà estar à ella, aunque de ageno hecho, en tanto que lo contrario no se pruebe; pues esto admite dos respuestas: La primera, que la clausula de motu proprio dà vigor en aquellas cosas, que consisten en derecho; pero no en aquellas, que puramente consisten en hecho, probòlo *Azeved. in dict. leg. 3. n. 7. tit. 14. libr. 4. Recop.* donde hablando de esta, y otras clausulas, expressa: *Nihil operatur*

ratur in rescriptis; nisi in ijs, de quibus Princeps præsumitur habere certam scientiam, sicut sunt ea, quæ in iure consistuunt, secus in ijs, quæ consistunt in facto. Añade luego: *In ijs enim, quæ consistunt in facto, cum ibi scientia Principis non præsumatur, nihil operabuntur istæ clausulæ*; afirmalo con toda abundancia *Moez in cap. 1. n. 17. de constitut. in 6.* Y para probar, que las cosas, que consisten en hecho, no se presumen llegar à noticia de el Principe, ni que es sabidor de ellas, es eficaz argumento el que se haze con el texto *in dict. cap. 1. de constit. in 6.* trata en èl Bonifacio Octavo, que por la constitucion, ò ley posterior se deroga la anterior, aunque de ella no se haga expressa mencion, y en medio de tan general principio previene, que las costumbres particulares (que en comun sentir tienen fuerza de leyes) no se entienden derogadas por ley posterior, sino es quando de ellas se haze expressa mencion, porque como son cosas de hecho, aunque los Principes tengan presentes todas las determinaciones legales, no por esso las especiales costumbres, como de hecho que son, se entienden derogadas, sino es por la expressa mencion, pues entonces se conoce estan en la noticia del Principe; las palabras del capitulo: *Licet Romanus Pontifex (qui iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere) constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur: quia tamen locorum specialium, & personarum singularum consuetudines, & statuta (cum sint facti, & in facto consistant) potest probabiliter ignorare: ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem à se noviter editam (nisi expressè caveatur in ipsa) non intelligitur in aliquo derogare.* No dudò esto *Barbos. in dict. cap. 1. n. 6. de const. in 6.* de lo qual se infiere, que siendo la atestacion del Principe en ageno hecho, no merecerà fee, aun con clausula de motu proprio, aunque no se pruebe lo contrario, como quiere *Barbos. in dict. clementin. unic. n. 8. de probation.* mayormente, quando es grande la diferencia, que ay de atestacion del Principe en hecho proprio à la que haze en ageno hecho. Y el mismo *Barbos. dict. clementin. unic. n. 7. de probation.* lo que dà à entender de la atestacion del Pontifice en proprio hecho, es, que à esta se dà fee presumptiva, *quousque non constat de contrario*, que es lo que quiere, sea en la atestacion del Papa en ageno hecho.

9. Consiste la segunda razon, en que siendo este hecho ageno, yà està justificado en los autos lo contrario à la atesta-

cion

cion del Principe; para lo qual se advierte, que en la carta de hidalguia se previene, que Don Juan Murillo estaba antes de la impetracion de ella (que fue por el año passado de 1696.) en reputacion de noble; y consta de los autos, que los actos positivos de esta familia se principiaron en el año siguiente de 1697. y los testigos de Don Francisco de Zevallos tienen depuesto à la 16. pregunta, que la essempcion de los Murillos provino del Privilegio, que comprò el Don Juan, y que esto avrà tiempo de 20. años, poco mas, ò menos (que son los que han corrido desde el de 1696. de la impetracion, hasta el presente de 1716.) y que antes de aver impetrado el privilegio, no se reputaban por nobles; con que aun en terminos de lo especial de la doctrina de *Barbos.* tiene Don Francisco de Zevallos probado su intento.

10. Fenezcase lo principal de este medio con vna indispensable reflexa, que se haze con doctrina de *D. Salgad. labyrint. dict. part. 1. cap. 39. n. 13.* donde propone, que quando el Principe afirma de ageno hecho, aunque no expresse, que assi se le relacionò por la parte de el suplicante, como està la presumpcion de derecho, en que se afirma el Principe en lo mismo, que el impetrante, las mas vezes importuno, le assevera, y relaciona, no prueba cosa alguna, aquella atestacion del Principe. Hagase aora memoria de la carta de hidalguia, la que empieza assi: *Por quanto por parte de vos Don Juan Murillo de Saabedra, vezino de la Villa de los Santos, en la Provincia de Estremadura, se me ha representado, y hecho relacion, que sois descendiente legitimo por linea recta de varon, de la familia, y casas solariegas de los Murillos, &c.* Con que afirmar, y declarar esto mismo el Principe, no probandose aliunde, como quiere *D. Salgad. dict. cap. 39. n. 28.* todo se viene à quedar en los terminos de lo que và propuesto con el mismo *D. Salgad. dict. cap. 39. n. 13.* y que en fuerza de la presumpcion de derecho no tuvo el Principe mas noticia de esta ascendencia, y descendencia, que la que se le relacionò en su suplica por Don Juan Murillo de Saavedra, *& ideò nullam inducit probationem*; meditese el fundamento, que si bien se nota, se halla en èl, quanto Don Francisco de Zevallos necessita, para que à su favor se determine. Y no solo esto, sino que siendo la assercion de el Principe en este caso de tanto perjuyzio à Don Francisco de Zevallos, no prueba cosa alguna; assi lo advirtiò *Cancer. variar. part. 3. cap. 3. n. 76.* y al mismo assumpto *Alvarez*

Pegas ad ordination. dict. tom. 2. §. 39. gloss. 96. cap. 3. n. 5. dize: *Retenta nostra veriori sententia, ei non crederetur, quin immo impetrans, cuius favorem respicit talis dispensatio, tenebitur illam probare, aliàs enim non præiudicabit illi, cui præiudicium infertur.* Funda despues, que esto no proviene por defecto de potestad en el Principe, sino por defecto de voluntad.

§. VII.

1. PVes que antes se tocò de el perjuyzio de tercero, proprio es de este lugar fundar, que la carta de hidalguia no puede aprovechar à Don Francisco, y Don Diego Murillo, por el perjuyzio, que con ella se causa à Don Francisco de Zevallos; para lo qual es de notar, que aunque despues que el Pueblo Romano transfiriò en sus Principes toda la potestad, la gozan, y gozaron estos tan plenamente, y en especial nuestros Catholicos Monarchas, que en lo temporal no reconocen superior, como fundò *Cortiad. tom. 1. decission. 7. n. 78. Pegas ad ordination. tom. 1. in proœm. gloss. 4. n. 7. & gloss. 5. n. 9.* que de su arbitrio ha pendido, y pende la promulgacion de leyes, y concession de privilegios; y aunque por esto mismo no ha faltado, quien aya fomentado, que el dominio de las cosas privadas reside en los Principes, fundandose *in leg. Lucius Titius 11. ff. de eviction. leg. deprecatio 9. ff. ad leg. rhod. leg. item si verberatum §. 1. ff. de rei vindicat. leg. bene à Zenone §. sed scimus Cod. de quadrienn. præscription.* ibi: *Cùm omnia Principis esse intelligantur.* Y no solo esto, sino que la voluntad de los Principes se debe observar, aun en lo ilicito, dando en ellos dos potestades, vna absoluta, ò extraordinaria, y otra ordinaria, sin embargo, estas doctrinas son poco seguras, por cuya causa *D. Amaya observat. libr. 1. cap. 1. à num. 52.* se opone à ellas, en quanto à lo del dominio, dando solucion à las leyes citadas, à quien en todo siguiò *Pegas dict. tom. 2. §. 39. de regimin. Senat. Palat. gloss. 96. cap. 2. à num. 7.* y antes lo fundò *D. Covarruv. var. lib. 3. cap. 6. n. 3. versic. contrariam sententiam*; quien al *num.* 8. excluye de los Principes esta multiplicidad de potestades con estas palabras: *Et ideò nemo vnquam dicet, his Principem posse derogare, etiam absoluta potestate, cùm hæc potestas non esset, sed tyrannis, quæ longè abesse debet à Principibus, & ab his, qui de eorum imperio, & potestate tra-*

ctare

ctare conantur. Al mismo assumpto *D. Amaya dict. cap. 1 num. 46. Potestas quippè absoluta in Principe nunquam consideratur, cum eà magis in tyrannidem tendat, quam in iusti imperij gubernationem.* Aviendo fundado antes, que no se transfiriò en el Principe la potestad, para que su voluntad justa, ò injusta fuesse ley, *sed vt iustè, & pro merito, & iustitia gubernet, & omnia ad normam, examenque Reipublicæ liberè administret D. Amaya vbi supr. num. 45.* abundantemente *D. Salgad. de retention. part. 1. cap. 7. per tot.*

2. En cuyo supuesto, y en el de que, aunque los Principes no estèn obligados à la observancia de las leyes en aquel sentido, que se apuntò §. 3. *num. 5. ex Sayr. clav. Reg. libr. 3. cap. 4. n. 5.* y expressò *Marquez Governad. Christian. libr. 2. cap. 2. §. 1. per tot.* viven no obstante ceñidos à ellas, *leg. ex imperfecto 23. ff. de legat. 3. leg. ex imperfecto 3. Cod. de testament. leg. digna vox 4. Cod. de legib.* es tal la mente de los Principes, que en las gracias, ò privilegios, que conceden, nunca intentan perjudicar à terceros. *Valasc. de partition. cap. 13. n. 73. Ciarlin. controvers. libr. 3. cap. 230. n. 50. Surd. consil. 42. n. 20. & consil. 203. n. 20.* extendiendo la doctrina *Surd. dict. consil. 203. n. 28.* aunque el privilegio sea concedido à causa pia *Vvamcs. centur. 1. consil. 1. n. 12. & addition. 2. n. 30. &. centur. 2. consil. 1. n. 3. Fagnan. in cap. causam quæ n. 11. cum seqq. de rescript.* y en terminos de privilegios, que por nuestros Catholicos Reyes se han concedido, hablò *Mexia de pan. conclusion. 5. num. 143.* cuya doctrina se funda *in cap. tuarum de autorit. & vs. pall. leg. 2. §. merito, & §. siquis à Principe ff. nequid. in loc. public. leg. 39. ff. de adoption.* Pudierase fundar con otros muchos textos, que por reservarse para mejor prueba, se omiten por aora.

3. Es en tanto grado aquesto, que aunque el privilegio, con que à tercero se perjudica, contenga las clausulas de motu proprio, &c. no por esso subsiste su concession. *Carol. de Tap. in leg. final. in rubric. cap. 2. n. 24. cum seqq. de constitution. Mexia Ponce vbi supr. dict. n. 143. Roxas de success. cap. 23. n. 41. & 42. Petrus ab Angel. specul. privilegior. regular. disp. 4. section. 2. n. 39. Carleval de iudic. tom. 1. tit. 1. disp. 2. à num. 637. Fagnan. vbi supr. n. 17. & seqq.* Vease *Spin. de testament. gloss. 16. n. 133. & duob. seqq.* Con que siendo privilegio la carta de hidalguia, que Don Juan Murillo obtuvo, redundando esta en perjuyzio de Don Francisco de Zevallos, aunque contenga clausulas de motu proprio, &c. no subsistirà su concession.

4. Pe-

4. Pero immediatamente se ocurre la replica, que de contrario pudiera averse hecho, y consiste, en que la carta de hidalguia no se concediò en perjuycio de Don Francisco de Zevallos, en quanto à la succession de el vinculo, pues este se fundò por Septiembre de el año passado de 1700. y aquella se impetrò por Julio, de el año de 1696. A lo qual se satisface, que por la presumpta mente de el Principe en no querer con sus gracias perjudicar à terceros, aviendo esta de la hidalguia llegado *ad casum, à quo incipere non poterat*, por razon de el perjuyzio, es lo mismo, que si se huviera concedido despues de fundado el Mayorazgo, y adquiridose derecho por su llamamiento à Don Francisco de Zevallos; es concluyente lugar el de *Vvames. centur. 1. consil. 1. addition. 2. n. 36. & seqq.* donde hablando de cierto privilegio, concedido à los Middelburgenses (el qual, aunque à el tiempo de su concession no era perjudicial al Ducado de Brabancia, lo fue despues, por causa, que sobrevino) dize: *Id autem ea ratione demonstratur, quod privilegium quodcumque ab initio concessum, æquitatis ratione non destituitur, etiamsi vtile, & efficax principium habuerit, si tamen in progressu iniquitatis colore inficiatur, hoc est, iniquum esse incipiat, & adversus publicum bonum tendere deprehendatur, ipso iure revocetur, & concidat. leg. ex facto 2. in verb. etenim eleganter, & ibi Bartol. de condit. instit. idem Bartol. in leg. 1. Cod. de thesaur. libr. 10. Non enim satis est, qualitatem adiunctam verbis dispositivis adesse tempore dispositionis, sed debet durare etiam vltra tempus dispositionis; alioqui propter præsumptam voluntatem disponentis, & vitandæ absurditatis causa, cessabit dispositio. Ioann. de immol. in dict. leg. ex facto n. 4.* adelanta este autor *n. 39.* *Cum generaliter traditum sit, privilegium, quod ex superveniente causa alium graviter lædit, aut vbi æquitas in contrarium vrgere incipit, finiatur. cap. suggestum, & ibi Panormitan. de decim vsque adeò, vt eo casu existimet Panorm. in dict. cap. suggestum versic. & maximè tene, privilegium non reduci ad moderationem, sed revocari in totum.*

5. Tan por sentado se dà de contrario, el que pueden los Principes con sus privilegios perjudicar à terceros, que para corroboracion de este dictamen se ha querido esforzar, con que quando el Principe exime, ò liberta à vn vassallo de las contribuciones, la porcion de este acresce à los demàs de aquel Pueblo, de donde es vezino el essempto, à los quales sin duda se perjudica con la gracia; y que asi no es mucho, que aunque Don Francisco de Zevallos sea perjudicado, subsista la carta de hi-

hidalguia, que impetrò Don Juan Murillo, mayormente, quando en esto, lo que el Principe hizo, fue, restituir las cosas à su antiguo estado, porque siendo todos descendientes de Adàn, gozan de nobleza. Esta en substancia es la alegacion, y omitiendo por aora lo de Adàn, y Eva para mejor ocasion, se satisface à la objeccion.

6. En sentir de Theologos, Canonistas, y Juristas, para que sea valida la ley, entre otros requisitos pide, el que sea justa; fundanse todos en doctrina de el Angelico Doctor 1. 2. *q. 95. artic.3 & q. 96. artic. 4. D. Augustin. de liber. arbitr. libr. 1. cap. 5. & de civitat. Dei libr. 19. cap. 21.* Ninguno duda, que el privilegio sea ley privada, con que si aunque especial, ha de embeber la razon de justa, fuerza es, que el privilegio no sea para perjudicar à tercero; ni obsta entonces la corroboracion, pues se satisface por dos medios: El primero, que libertar el Principe à los nobles es razon remuneratoria, y porque los hechos de estos, y sus antepassados han cedido en vtilidad de la Monarchia. *Suarez contra Reg. Angl. libr. 4. cap. 26. n. 13. versic. tunc etiam. Castro Palao oper. moral. tom. 2. tract. 12. disp. vnic. punct. 9. n. 4. Tapia Caten. moral. tom. 1. libr. 4. de legib. q. 11. artic. 19. n. 4. versic. sicut viri nobiles.* Y aun por esso las cartas de hidalguia, que se preservaron en la *ley 7. tit. 2. lib. 6. Recop.* fue con la pension remuneratoria, que expressa la ley, ibi: *Con tanto, que continuamente de aqui adelante mantengan cavallo, y armas convenientes para poder servir en la guerra.*

7. La segunda razon, con que el simil puesto se evaqua, es, que toda la vez, que exime el Principe à vn vassallo, la porsion de el essempto no se acresce à los demàs vassallos, y vezinos de el proprio Pueblo; pruebase en doctrina de *D. Salgad. de retention. dict. part. 1. & cap. 7. n. 55.* y mas en terminos lo enseñò *Bovadill. politic. libr. 5. cap. 5. n. 34.* à quien citò para lo mismo *Balmased. de collect. q. 55. n. 10.* las palabras de Bovadilla, ibi: *Si el Rey, que impuso el tributo, libertò despues algunas personas de la paga de èl (como lo puede, y debe hazer en remuneracion de servicios, segun el Rey Saul libertò à David, y à la casa de sus padres, por aver muerto al Gigante Goliat. 1. Reg. 18.) las porciones, y partes de aquellos essemptos no se acrescen, ni cargan à los demàs, sino que las pierde el Rey, que las avia de cobrar, y hizo la gracia de ellas, salvo si esto fuesse en poca cantidad, que en tal caso estaràn los subditos obligados à sufrirlo, y pagar.* Lo mismo en terminos de essempcion de contri-

buciones fundò *Vvamès. centur. 2. consil. 1. n. 3. in fin. Et concessio immunitatis alicui privato per Principem, aut inferiorem facta, non debet augere aliorum subditorum, qui impositionibus subijciuntur, onus, sed refertur ad damnum concedentis, vt is ferat, quanto minus ab immuni solvitur.* Y si los Pueblos, quando ay concessiones, sufren las cargas de los essemptos, imputense à sì mismos, porque no vsan de su derecho.

§. VIII.

1. NO puede aprovechar à Don Francisco, y Don Diego Murillo la carta de hidalguia, como que se obtuvo con siniestra relacion. Por dos titulos no han aprovechado en todos tiempos los rescriptos yà por expression de falsedad (que se dize obrrepcion) yà por suppression de la verdad, que se llama subrrepcion, segun la comun inteligencia, que refiere *Barbos. in cap. ex litteris n. 3. de rescript.* y por esto rezelosos los Romanos de la importunidad de las preces, siempre que concedieron rescriptos, fue con la expressa circunstancia, de que el hecho, que se proponia, era verdadero, segun la ley *vniversa rescripta 27. Cod. de divers. rescript. leg. cum propria 5. Cod. si quis alter. vel sibi*, ibi: *Docenti tibi veritatem precibus tuis adsistere. leg. vnic. Cod. de his qui à Princip. vacation. acceper. lib. 10. leg. si quis 5. leg. diligenter 9. Cod. de aquæduct. Novell. 138. in fin.* ibi: *Si preces veræ sunt. Novell. 158. cap. 1. in princip.* ibi: *Si hæc ita se habere compererit. D. Salgad. de retention. dict. part. 1. cap. 7. n. 17.*

2. No alterò el derecho canonico esta disposicion, antes bien previno, que aunque la clausula *Si preces veritate nitantur*, no se insertasse en los rescriptos, se entendiesse puesta *cap. ex parte 2. de rescript.* ibi: *In huiusmodi litteris intelligenda est hæc conditio, etiamsi non apponatur, si preces veritate nitantur.* Diffusamente explicò esto *Barbos. in dict. cap. ex part. n. 8. & 9. de rescript.* estendiendo la doctrina, no solo à los rescriptos Pontificios, sino tambien à los Regios: conviene en lo general della *Pegas ad ordination. dict. tom. 2. §. 117. ad regim. Senat. Palat. gloss. 177. cap. 2. n. 27.* pues à los numeros 33. & 34. resuelve, que propuestas para el rescripto dos, ò mas causas, siendo vna falsa, se vicia el rescripto, dando la razon: *Quia poterat concedens solum causa falsa moveri ad gratiam concedendam*; aviendo antes dicho

dict. §.39. *cap.*3. *n.*5. *in fin.* que el que ſe oppone à tales privilegios, no diſputa al Principe ſu poteſtad, ſino la voluntad; por razon de la obrrepcion, ò ſubrrepcion; con que aviendo intervenido en la carta de hidalguia los defectos de obrrepcion, y ſubrrepcion, ſin duda ſerà nula *cap.ex litteris de reſcrit.leg.*2. *Cod. ſi contra iuſ. vel vtilitat. public. leg.*37. *leg.* 53. *tit.*18. *part.*3 Que la carta de hidalguia ſe impetraſſe con los expreſſados defectos, es conſtante, quando por Don Juan Murillo ſe ſuppuſo al Principe, que eſtaba en poſſeſsion de noble, y conſta por la depoſicion de los teſtigos, preſentandos por Don Franciſco de Zevallos à la 16. pregunta, que antes del privilegio era Don Juan Murillo del eſtado general; buen texto el de la *ley* 1 *.ff. de natalib. reſtituend.* donde el que finge al Principe ſer ingenuo, ſiendo hijo de eſclava, no le aprovecha la reſtitucion de natales: *A Principe natalibus ſuis reſtitutum eum, qui ſe ingenuum natum Principi adfirmavit, ſi ex ancilla natus eſt, nihil videri impetrare.* La ley *adſumptio originis* 6. *ff. ad municipal.* ibi: *Errore enim veritas originis non amittitur: nec mendacio dicentis ſe eſſe vnde non ſit, deponitur, leg. liberto* 49. *ff. de bon. libertor.* ibi: *Liberto per obrreptionem adrogato ius ſuum patronus non amittit. leg. ſed ſi hac lege* 10. §. *patronum* 2. *ff. de in ius vocand.* ibi: *Vel ſi libertus capite minutus, dum adrogetur per obrreptionem: cum enim hoc ipſo, quod adrogatur, celat conditionem, non id actum videtur, vt fieret ingenuus.*

3. Luego ſe ocurre, que eſta carta de hidalguia ſe concediò con las clauſulas *motu proprio*, *certa ſcientia*, *plenitudine poteſtatis*, cuyos efectos ſon los ſiguientes: La clauſula *de plenitudine poteſtatis* diſpenſa en la ley *Barboſ. de clauſul. vſufreq. clauſul.*41. *n.*11. quita los defectos de obrrepcion, y ſubrrepcion *Barboſ. vbi ſupr. n.* 19. quien al *n.*20. dize, que pueſta eſta clauſula, no ſe puede opponer al reſcripto coſa alguna, q̃ le anule: La clauſula *ex certa ſcientia* es lo miſmo, que la *de plenitudine poteſtatis*, ſegũ *Barboſ. clauſul.* 59. *n.*4. y por eſto afirma *ibidem num.* 22. que ninguno ſea oydo contra el facto de el Principe, que con tal clauſula ſe expreſſa. La clauſula *de motu proprio* excluye los defectos de ſubrrepcion, como quiere *Barboſ. clauſul.*79. *n.*16. con que parece, que no ay motivo para querer opponer à eſta carta, ò privilegio de hidalguia los defectos de obrrepcion, y ſubrrepcion.

4. Excluyeſe lo propueſto, con que la clauſula *de plenitudine poteſtatis* no obra efecto alguno, quando ſe pone ſin conocimiento de cauſa, como fundò con otros *Barboſ. dict. clauſul.*41.

*n.*34.

*n.*34. quien àl *num.* 40. resuelve, que no subsiste en perjuyzio de tercero. Lo mismo acontece con la clausula *ex certa scientia,* como dize el mismo *Barbos.dict.claus.*59.*n.*29. quien *n.*43.funda,que no suple la erronea, ò falsa informacion; y no es esto lo mas, sino que al *num.*47. añade, que quando *a l partis petitionem* se concede el privilegio, no tiene efecto esta clausula, afirmando al *num.*50. que no quita el defecto de subrrepcion: y en quanto al *motu proprio*, tambien propone *Barbos. dict. clausul.* 79.*n.*42. que no obra efecto en perjuyzio de tercero; y sobre todo, que no se extiende à lo que consiste en hecho, assi lo afirma *dict. clausul.* 79. *num.*44. à que se llegan las doctrinas de *Azeved.* y *Moez*, que se llevan citadas §.6. *num.*8. con que si la nobleza es cosa, que consiste en hecho, sin duda, aunque à la carta de hidalguia acompañen las clausulas expressadas, no por ellas se aniquilaràn los defectos de obrrepcion, y subrrepcion, lo que se corrobora con doctrina de *Suarez allegation.* 12. *à num.*6. *& præsertim n.* 25. *&* 31. *& ibi Valdes addition. num.* 24. *Carleval de iudic. tit.* 1. *disputat.* 2. *num.*638. donde aun aviendo clausulas *de motu proprio, &c.* estas no aprovechan, quando los privilegios se impetran con siniestra relacion, y en terminos de cartas de hidalguia lo probò *Otalor. de nobilitat. part.* 4. *principal. cap.* 9. *num.* 11. y esto procede mas bien en contemplacion de que està la presumpcion de derecho, sobre que los privilegios se otorgan por influxo de las partes, como quiere *Tapia in dict. leg. final. part.* 2. *cap.*9. *num.* 127. *cum duobus seqq.* aunque conste de clausulas *de motu proprio, &c.* por ser lo vno compatible con lo otro, como prueba *Petr. ab Angel. specul. privilegior. regular. disputat.* 5. *section.* 7. *num.* 17. y mejor *Menoch. de præsumption. libr.* 2. *præsumption.* 13. *num.* 1. *&* 2. Por lo mismo dixo *Vvames. dict. centur.* 1. *consil.* 1. *num.* 12. *in fin.* [*Nam etsi cum motu proprio Princeps rescribit, statuit, aut concedit, pro voluntate Principis, & iustitia concessionis præsumatur, nulla tamen est similis præsumptio, sed relinquitur præsumptio avidæ importunitatis postulantium, & circumventionis, cum ad suggestionem, & postulationem alicuius aliquid impetratur.*

§. IX.

1. EN suposicion de los medios antecedentes, aunque queda evidenciado, que Doña Maria, y Doña Marcelina no han casado con personas nobles, por no serlo Don Francisco, y Don Diego Murillo, no obstante, por hazer mas notorio el justo derecho, que à Don Francisco de Zevallos assiste, se ha de conceder sin perjuyzio de la verdad, que la carta de hidalguia hizo nobles a Don Francisco, y Don Diego Murillo; pero no tales, que con su nobleza se saciasse la voluntad de el Fundador de este Mayorazgo.

2. Para lo qual es de notar, que aunque criar nobles es privativo de las regalìas mayores de los Principes, como quiere *Syxtin. de regalib. libr. 1. cap. 2. n 36.* y aun por esto, ennoblecer al plebeyo es acto de jurisdiccion voluntaria, como probò *Menoch. tom. de iurisdict. libr. 3. cap. 10. n. 6.* à cuyo principal assumpto alude el texto Sagrado *Hester. 6. hic honorabitur, quemcumque voluerit Rex honorare.* y la autoridad de *Plin. iunior. in Panegyric. ad Traian. Cæsaris esse, vt nobiles conservet, & efficiat.* Sin embargo, no es esta nobleza tan acrisolada, que lo sea verdadera, y absoluta, y de forma, que con ella se cumpla para con las disposiciones de hombre; y es la razon, porque aunque el Principe pueda conceder privilegios, y con ellos obrar contra la verdad, no por esso puede immutarla, como con el caso de el Postliminio, y ley Cornelia fundò *Fagnan. in cap. ex p. n. 37. de privil. Princeps, quamvis possit contra veritatem fingere, vt patet in fictione postliminij, & legis Corneliæ, tamen veritatem mutare non potest. leg. 1. Codic. si se ab hered. abstin. leg. in bello ff. de captiv. & postlimin. revers.* Con que si el Fundador previno, que la hembra, que casasse, lo executasse con noble, no lo siendo verdaderamente Don Francisco, y Don Diego Murillo, por serlo de privilegio, no parece, que se ha cumplido con su voluntad, y esto se corrobora, de que las palabras, y condiciones puestas por los testadores se deben cumplir verdadera, y especificamente, y no ficticia, ò equipolentemente *leg. Mævius 55. ff. de condit. & demonst. leg. filio quem pater ff. de liber. & posthum. leg. hæredibus 77. §. 1. ff. ad trebellian. leg. ex ea parte §. insulam ff. de verbor. obligation. leg. final. Cod. de his, qui ven. ætat. impetraver. Fabro coniect. libr. 17. cap. 14. versic. quod tamen.*

3. Y para que de esta verdad no se dude, se advierte, que

en

en causas de libertad, por especial privilegio de ellas, se permite, que las condiciones se cumplan por equipolentes, como se dexa vèr de el texto *in leg. si peculium 20. §. quod si hæredi 2. ff. de stat. liber.* donde el Consulto Paulo propone, que à vn esclavo se dexò la libertad con condicion, de que diesse diez à el heredero: era el heredero deudor de otros diez à el esclavo; dudòse, si por ser precisso cumplir especificamente la condicion, cumpliria el esclavo con remitir al heredero los diez, que este le debia, porque la compensacion es especie de paga *leg. 4. §. solvisse ff. de re iudicat. leg. solutionis verbum 54. ff. de solution. leg. solutionis 176. ff. de verbor. signification. leg. 4. versic. neque interest. ff. qui potiores. Carleval de iudic. tom. 2. tit. 3. disp. 27. n. 1. in fin.* pero Paulo conociendo el grande privilegio de la libertad, resolviò, que compensando el esclavo, quedaba libre: *Si velit servus eam pecuniam compensare, erit liber.* Por comun apuntò con este texto la solucion *Gutierr. de iurament. confirmator. part. 3. cap. 6. num. 7.* y en comprobacion de ella se pondera la especie del texto *in dict. leg. si peculium 20. §. hæredi autem 4. ff. de stat. liber.* tocase en èl la especie, de que à vn esclavo se dexò la libertad, con condicion de que diesse diez al heredero, no pudo dàrlos al heredero: disputòse, si cumpliria el esclavo, entregando estos diez à el heredero del heredero; y resolviòse, que cumplia, y quedaba libre, lo que no acaesce à otro legatario, sino es aviendolo prevenido el testador. Para lo mismo es buen texto el de la ley *sub diversis 51. §. vnic. ff. de condition. & demonstrat.* donde si cumple el esclavo con entregar los diez al heredero del heredero, no cumple otro qualquiera legatario, ibi: *Hæredi decem dare iussus, & liber esse, & hæredis hæredi dando, perveniet ad libertatem. Quod non similiter in legatarij persona custodiri, Publicius rescribit.* De que se deduce, que solo por favor de la libertad, se permite, se cumplan las condiciones por equipolentes, y es la razon, la que diò el texto *in leg. titio 94. §. vnic. ff. de condition. & demonstrat.* ibi: *Quia potior est legato libertas.* Tan estricta es la materia, que aun muchas vezes por favor de la libertad, no es bastante cumplirse la condicion por equipolente, como de ella no pueda resultar el mismo efecto, que de la especifica; buena especie la de el texto *in leg. servus 14. in princip. ff. de stat. liber.* donde el Consulto Alfeno propone, que à vn siervo se dexò la libertad con la condicion, de que diesse diez al heredero: el siervo por escusarse de aquellas obras, à que por derecho estaba obli-

obligado al heredero, en vez de ellas entregò à este mas de los diez, en que le gravò el testador; con este pretexto dezia, estaba libre, porque aviendo sido la condicion de entregar diez al heredero, le tenia yà entregado aun mayor numero, y que en esta conformidad tenia cumplido el facto, con que el testador le gravò; mas, sin embargo, resuelve el consulto, no cumpliò el siervo con aquella entrega, pues no fue aquella la mente de el testador, ibi: *Cùm ex mercede ampliùs decem recepisset, servus liberum esse aiebat. De ea re consulebatur. Respondi, non videri liberum esse. Non enim pro libertate, sed pro operis eam pecuniam dedisse. Nec magis ob eam rem liberum esse, quam si fundum à domino conduxisset, & pro fructu fundi pecuniam dedisset.* y esto se haze mas duro, à vista de que con vna numeracion pueden resultar dos efectos. *leg. numerationibus* 44. *versic. item si pupillo ff. de solution.* ibi: *In duas causas videri eum numerasse, & in debitum suum, vt in falcidiam hæredi imputetur, & conditionis gratia, vt legatum consequatur.*

4. No es, aunque lo parezca, contraria la decision de la ley *si fundus alicui* 13. *ff. de condition. & demonstrat.* donde el mismo Paulo pone la especie siguiente: Heredad legada à Ticio, con condicion, de que dè cierta cantidad al pupilo, ò furioso; dudase, si cumple Ticio con entregarla à el curador del furioso, ò tutor de el pupilo, y se dize asi: *Videtur explesse conditionem, curatori, vel tutori dando.* con que conviene la ley *stihicum* 95. §. *nam si furiosi* 7. *ff. de solution.* ibi: *Nam si furiosi, vel pupilli persona adiecta sit, ita tutori, vel curatori pecunia rectè dabitur, si conditionis quoque explendæ causa rectè pecunia tutori, vel curatori datur.* porque à esto se satisface abundantemente por *Fabr. de coniectur. libr.* 17. *cap.* 14. & 15. y aunque pudiera procederse con distincion, quando se pone al furioso, ò pupilo, como adjecto, que entonces se libra el deudor, pagando al mismo furioso, ò pupilo, aun sin intervencion de el tutor, ò curador, à la ley *si stipulatus* 11. *ff. de solution.* en tanto grado, que no se le puede prohibir, que pague al adjecto, à la ley *verò procuratori* 12. §. *alia causa* 3. *ff. de solution.* segun la razon, que en ella dà Vlpiano: *Quia certam conditionem habuit stipulatio, quam immutare non potest stipulator.* sin embargo, teniendo expressa decision de Marcelo *in leg. servus* 68. *ff. de solution.* que interpreta à Paulo en las leyes antecedentes, cessa toda la duda, ibi: *Et sciendum est in omnibus istis casibus tutori quidem, vel curatori vtiliter dependi: ipsis au-*

autem, id est, furioso, vel pupillo non rectè persolvi; ne datio ex illorum imbecillitate pereat: nec enim hoc egit testator, vt quoquo modo esset datum, expleta videretur conditio. De lo qual se infiere, que siendo de privilegio la nobleza, que pudiera sin perjuyzio de la verdad concederse en Don Francisco, y Don Diego Murillo, no se ha cumplido por Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo con la condicion de casarse con persona noble, que puso el Fundador del vinculo en su vltima voluntad.

5. Resta probar, que la nobleza, que se considera en Don Francisco, y Don Diego Murillo, es vnicamente de privilegio, no verdadera, sino solamente equipolente, imaginaria, y ficta, que no conviene con la que pidiò el Fundador. Clara prueba es el sucesso de el Emperador Sigismundo con el plebeyo, à quien tanto amaba: Importunò el plebeyo al Emperador, sobre que le hiziesse noble, y el Emperador le respondiò: *Noble no puedo hazerte, essempto, ò rico puedo*; de cuyo caso hazen memoria *Lara de capellan. libr. 2. cap.4. n.*104. *D. Leo decission. libr.3.decission.9.n.66.* à lo mismo alude la *ley 6.tit.27. partit.2.* ibi: *Puedeles dàr honra de fijosdalgo à los que no lo fueren por linage.* De cuyo contexto se dà à entender, que bien pueden los Principes conferir à los Plebeyos franquezas, y privilegios de nobleza; pero no nobleza, dictamen es de *Lara dict.cap.4.n.*105. fundado en la citada ley de partida. Atiendase lo que escriviò *D.Leo dict. decission. 9. dict. n. 66. & 67. Sigismundum Cæsarem, lacessitum à quodam plebeio, sibi admodum dilecto, vt illum nobilem faceret, respondisse*: Divitem quidem, aut essemptum te faciam, nobilem verò non possum. *Impossibile est enim, vt à plebeis parentibus natus possit à Rege nobilis realiter constitui, licet possit nobilitatis privilegia donare.* El mismo *Leon vbi supr. n.* 47. *& seq.* hablando de la diferencia, que ay de noble de sangre, à noble de privilegio, añade: *Longè honorabilius sit, ser hidalgo de sangre, y solar, que serlo de privilegio, tanto, quanto præstat, & excellit qualitas naturalis accidentali; cum longè aliud sit esse talem, aliud haberi pro tali, vt in leg. mercis appellatione ff. de verbor signification. Antun. de donat. tit. 1. libr. 1. cap.*17. *n.*14. ibi: *Qui privilegio nobilitatem adquisivit, verè quidem, & naturaliter nobilis non est.*

6. Sea para lo antecedente otra prueba lo siguiente: Los verdaderos nobles son admitidos à los habitos de las ordenes militares, sin dispensa, ni otra alguna circunstancia, mas que la prueba de su nobleza: es asi, que los nobles de privilegio

no

no ſon admitidos à eſtos habitos, ſino es con diſpenſa; luego porque no ſon verdaderos nobles. La mayor es innegable: La menor ſe prueba con doctrina de *Scaño propug. diſceptat.* 3. *cap.* 3. *n.* 13. y aunque eſte autor hablò con timidez en quanto à los habitos de Santiago, y Calatrava, y ſolo con ſoltura, en quanto à los de San Juan, no tuvo preſente lo que fundò *Leo dict. deciſion.* 9. *n.* 76. *& ſeqq.* donde dize: *Sed contraria opinio nunc obſervatur in Religionibus militaribus Divi Iacobi, & Calatravæ, in quibus extant ordinationes, ſive diffinitiones, diſponentes, milites dictarum Religionum debere eſſe nobiles nobilitate ſanguinis, & non ex privilegio.* Trae para eſto la determinacion del Capitulo general, que en el año de 1600. ſe celebrò en Madrid por el Señor Don Phelipe III. (que de Dios goza) al *num.* 77. trae otra determinacion de el Capitulo general, celebrado en Madrid en el año miſmo de 1600. por la orden de Calatrava, algunas de ſus palabras: *Ni ſe dè el habito, ſino fuere hidalgo al fuero de Eſpaña.* Y poco deſpues eſtàn eſtas: *Y declarando aquellas palabras:* Hidalgo al fuero de Eſpaña, *ordenamos, ſean hijoſdalgos de ſangre, excluyendo las demàs hidalguias, fundadas en privilegios concedidos por qualeſquiera perſonas Ecleſiaſticas, ò ſeglares, aunque ſean Reales.* Cuya doctrina la tiene enſeñada con ſu ſoberana practica el ſupremo Conſejo de las Ordenes; y es tan antigua, que el caſo, ſobre que eſcriviò *Matut. dict. diſquiſition.* 46. fue, porque aviendoſe hecho por ſu Mageſtad merced à vno de vn habito de Santiago, ſe le opuſo, que era noble de privilegio, y que como tal no podia ſer admitido à èl. De lo que ſe infiere, que no por la impetracion de el privilegio, muda ſu condicion el plebeyo, aunque goze de efectos de nobleza; y aſsi, no ſe cumple con la condicion, y voluntad de el Fundador de eſte vinculo.

7. Y para que no ſe dude, que no por la impretacion del privilegio ſe muda la condicion de el que es plebeyo, es buen texto el de la *ley* 1. *in princip. ff. de iur. aureor. annulor.* dize en ella Papiniano: Quando à los libertos ſe dexa alguna cantidad para ſus alimentos, aunque alguno de ellos impetre los aureos annulos, no por eſſo pierde los alimentos, que como à liberto ſe le debian, ibi: *Inter cæteros alimenta liberto relicta non idcircò non debentur, quia ius aureorum annulorum ab Imperatore libertus acceperit.* Explicò eſte texto el Conſulto Marciano *in leg. falſa demonſtratio* 33. §. *ſed ſi cui* 2. *ff. de condit. & demonſtrat.* ibi: *Sed ſi*

cui,

cui, quasi liberto, id est inter libertos, legatum fuerit, non idcirco legatum amittit, quia postea annulos ab Imperatore acceperit, nam honor eius auctus est, non conditio mutata. A otro assumpto, y para exornacion de la ley *solent 3. ff. de aliment. & cibar. legat.* tocò estos textos *D. Retes de interdict. excurs. 5. illation. 3. n. 82.* y de ellos saca esta consequencia: *Ergo potissima ratio, propter quam non amittit alimenta, est, quia manet libertus.* Para cuya mayor fuerza es de advertir, que el derecho de los aureos annulos era en tiempo de los Romanos signo de su nobleza; assi lo dize *Borell. de magistrat. edict. libr. 1. cap. 8. n. 115.* ibi: *Ex quo apud Romanos ad solam nobilitatem primum annulorum aureorum asportatio spectabat*; y se reconoce de lo que escriviò *Sueton. in Iul. Cæsar. cap. 33. in fin.* y con èl la *gloss. in leg. 2. Cod. de iur aureor. annulor.* de estos aureos annulos, y sus efectos tratò doctamente *Iul. Capon. disceptation. tom. 1. disceptation. 52. cap. 1. num. 27.* Y si no obstante que los libertos consiguiessen por privilegio este derecho de los aureos annulos, no por esso perdian los alimentos, que como à libertos se les dexaban, porque la impetracion de ellos no mudaba la condicion antigua, con infalibilidad se infiere, que aunq̃ el plebeyo consiga por privilegio el derecho de nobleza, no por esso este mudarà su antigua, y villana condicion, y serà aquella nobleza solo imaginaria, y ficta, como lo es en los libertos, por la impetracion de los annulos. Con que si en fuerza de la disposicion de derecho pidiò el Fundador verdadera nobleza, mal podrà concederse, que en Don Francisco, y Don Diego Murillo la ay para el fin de dezirse, que Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo cumplieron con la condicion puesta.

8. Otra prueba, para que en fuerza de el privilegio no se digan verdaderos nobles: La nobleza verdadera no se pierde por oficios viles: La de privilegio se pierde por causa de ellos; luego porque no es verdadera. La mayor, y menor se prueba con doctrina de *Azeved. in leg. 3. n. 11. & 12. tit. 1. libr. 6. Recop. Narbon. in leg. 14. gloss. 1. num. 90. tit. 2. libr. 6. Recop. Balmased. de collect. q. 34. n. 6.* con que es cierta la consequencia. A esta prueba se añade otra, que se deduce de la doctrina de *D. Olea de cession. iur. addition. ad tit. 6. q. 7. n. 16. post fin.* trata en esta lugar de interpretar la ley *penultim. Cod. de ingen. manumiss.* sobre que el privilegio de nobleza no perjudica al que es noble, añadiendo al *num. 2. Per assumptionem extremorum non renunciatur medijs; est enim extremum vnum ingenuitas, aliud extremum, servitus, medium*

dium autem, ideſt, medius ſtatus, libertinitas. Vnde cum nobilitas privilegij medius ſtatus ſit inter nobilitatem, & ignobilitatem, per litem inſtitutam ſuper nobilitate ſanguinis, non poteſt videri amiſſum, nec renuntiatum ius ad nobilitatem ex privilegio, nec è contra. Con que ſi la nobleza de privilegio es medio, entre nobleza, y villania, quien avrà que la nombre, ò juzgue por verdadera? Y aun por eſſo *Mierez de maiorat. part. 1. q. 51. num. 102. & ſeqq. Roxas de incompatibilitat. part. 3. cap. 3. n. 32.* con los que para eſte fin recopilò *Aguila ad Roxas dict. cap. 3. n. 38.* reſuelven, que el que eſtà obligado à caſar con perſona noble, pierde la poſſeſsion, y ſucceſsion de el Mayorazgo, ſi contrae con noble de privilegio.

9. Vna media ſentencia ſe ha querido fomentar, que la refiere *Aguil. vbi ſupr. n. 43.* la qual conſiſte, en que caſando con noble de aquellos, que tienen declaracion de el Principe, como la del caſo de eſte pleyto, ſe cumple exactamente; y à la verdad, eſta no debe llamarſe ſentencia media, quando los privilegios de nobleza ſon todos en la conformidad, que el de eſte pleyto, pues lo contrario no es privilegio de nobleza, ſino de eſſempcion de pechos, y tributos, que es coſa muy diſtinta de privilegios de nobleza en ſentir de Garcia, y otros; y ſi *Roxas dict. cap. 3. n. 32.* con los demàs citados, hablò de nobles de privilegio, viſto es, que la media ſentencia de ſu addicionador Aguila no tiene viſos de tal; fuera de que, aunque rigoroſamente lo fuera, los nobles de ella ſerian tambien de privilegio, como antes queda fundado, y por eſta razon comprehendidos en la doctrina de Mierez, y de Roxas.

10. No han faltado defenſores de los nobles de privilegio; y pueſto que el mas acerrimo lo fue *Ciriac. controv. 21.* ſe propondrà el caſo, que en ella refiere, y ſe reſponderà à ſus fundamentos con brevedad. El caſo es eſte: Don Juan de Salomonio, vezino de la Ciudad de Mantua, en 8. de Septiembre del año paſſado de 1602. otorgò ſu teſtamento, y en èl inſtituyò por ſu vniverſal heredero à Don Sigiſmundo Salomonio, nieto de hermano ſuyo: Puſole por condicion, que no caſaſſe con muger, que no fueſſe noble, y que de contravenir à ſu voluntad, le privaba de la herencia, la que entonces ſe dividieſſe en dos partes, la vna para vna hermana de el Don Sigiſmundo, y la otra por iguales partes, entre el Hoſpital de la Miſericordia, y el de la Trinidad, de el Convento de San Antonio de aque-

aquella Ciudad. Muriò el testador; y passados algunos años, el Duque de Mantua concediò privilegio de nobleza à vna hija de vn labrador pechero de aquella Ciudad, llamado Domingo Quatrini, habilitandola para todas las disposiciones de ley, y de hombre; en este estado el Don Sigismundo, suplicò al Senado de Mantua, que en atencion à la condicion, y gravamen, que en el testamento le puso su tio, y que la Doña Lucia, hija de dicho labrador, tenia el privilegio mencionado, se le declarasse, que contrayendo matrimonio con la referida, no se entendiesse contravenir à la condicion puesta; citaronse los interessados, los quales incontinenti opusieron al rescripto el defecto de siniestra relaciòn, el que consta averse despues subsanado por el mismo Duque. Pero no aviendose insistido sobre este defecto, por el derecho vna vez adquirido, como pudiera fundarse con *Vant. de nullitat. tit. de nullitat. ex deffect. mandat. n.* 120. *Azeved. in leg.* 1. *n.* 14. *& leg.* 5. *n.* 5. *tit.* 3. *libr.* 5. *Recop.* serà precisso tocar en lo principal, suponiendo, que el autor resuelve à favor de la Doña Lucia. El fundamento todo de èl, y vno de los de Don Francisco, y Don Diego Murillo en este pleyto, se reduce, à que siendo la nobleza de derecho positivo, y no natural, no tienen las palabras mas que el sentido civil; lo que no sucede *in leg. final. Cod. de his qui ven. ætat. impetraver.* donde se puede dàr el sentido natural, y el civil; y que asi no es mucho, que no baste este, quando es necessario aquel; fundòse en lo mismo *Moren. de Vargas discurs.* 2. *à n.* 8. *Iul. Capon. dict. discept.* 52. *cap.* 3. *n.* 3.

11. Para desvanecer este fundamento, proprio es de este lugar advertir, que bien se pudiera fundar por autoridad de otros, que la nobleza se introduxo ab origine mundi, asi lo afirmò *Otalor: de nobilitat. part.* 2. *cap.* 4. *num.* 1. y *Moren. de Varg. discurs.* 1. *n.* 8. fundò, que proviene desde Abel, expressando *num.* 6. que la nobleza es natural secundaria; pero ni se trata de fundar, que la nobleza proviene de derecho natural, ni que esto sea precisso, para que tenga respectos naturales, y civiles.

12. Tiempo es yà de desdoblar la oja, donde se tocò vna alegacion contraria, que consiste, en que, porque todos venimos de Adàn, somos nobles; alegacion, à la verdad, implicatoria, pues al passo, que se pretende, que la nobleza no admita sentido natural, sino civil, por no ser de derecho natural, monstruosidad parece querer fundar, que porque vengamos

de

de Adàn, seamos nobles. Motivada la curiosidad de lo especial de la doctrina, registrò la cita de *Moren. de Vargas discurs. 2. n. 11.* que es autor de esta doctrina; y lo cierto es, que quando *Vargas* la expendiò, huvo de tener presente, lo que dize *Tiraquell. de nobilitat. cap. 6. n. 4. ex Salust. in Iugurt.* que los Egypcios, por juzgarse los mas antiguos de el mundo, se reputaban todos nobles; y aunque es innegable, que vengamos todos de Adàn *D. Augustin. de Civitat. Dei libr. 16. cap. 8. versic. verum quisquis. Concil. Tridentin. session. 5. decret. de peccat. original. & session. 6. de iustification. cap. 1. cap. 3. & 4.* tambien lo es, que es tan falsa la causal de la proposicion, que por el mero hecho de ser todos los vivientes descendientes de Adàn, tienen los Principes tan fundada su intencion, en quanto à la exclusion de nobleza, que no probandose esta, no se presume, como và fundado; y sobre todo, por moderarse en la respuesta, vease la doctrina de *Tiraquell. de nobilitat. cap. 22. n. 5. Moren. de Varg. discurs. 1. num. 7*

13. Supuesto esto, para aproximarse à la dificultad, es precisso, que se anote, como se dà nobleza *ex genere, & accidenti*, dizelo assi *Barbos. in leg. quia tale 14. n. 24. & seq. ff. de solut. matrimon.* que es lo mismo, que nobleza nativa, y dativa, que confiessan aver *Otalor. de nobilitat. 4. part. principal. cap. 1. n. 2. versic. & ista nobilitas. D. Leo dict. decis. 9. n. 67. Ciriac. controvers. 208. n. 95. & seqq. Iul. Capon. dict. disceptat. 52. cap. 1. n. 2. & 4.* luego no puede negarse, que aunque la nobleza no provenga del derecho natural, la ay en sentido natural; à que alude la *ley 3. tit. 21. part. 2.* ibi: *Fidalguia, segund diximos en la ley ante de esta, es nobleza, que viene à los omes por linage*; de lo qual se infiere, que la voz *noble* admite dos sentidos, el vno natural, y el otro civil, esto es, vno especifico, y otro equipolente. Con que queda enervado el fundamento de Ciriaco, y sus sequaces; y bien pudiera dezirse, que por la contraria se halla decision en España, en el litigio, que tuvo la Ciudad de Logroño, sobre vn Regimiento, cuyo pleyto se ventilò en la Chancilleria de Valladolid, como refiere *Lara de Cappellan. lib. 2. cap. 4. num. 109.*

§. X.

1. SE ha de probar en este lugar, que aunque Don Francisco, y Don Diego Murillo sean nobles en fuerza de del privilegio, que obtuvo Don Juan Murillo, no por esso se ha de conceder, que Doña Maria, y Doña Marcelina de Arguixo, por aver casado con los referidos, cumplieron con la condicion puesta por el Fundador. Tratò *Gutierrez practic. qq. libr. 4. q. 7. per tot.* si en fuerza de el privilegio goza de nobleza el que le obtiene; fue del dictamen afirmativo desde el *num.* 10. llegò à tocar en la question siguiente la de este pleyto, y aunque desde el *num.* 7. *vsque ad* 11. inclusive propuso, que se cumplia, contrayendo matrimonio con noble de privilegio, desde el *num.* 12. resolviò por la contraria con solidissimos fundamentos, vno de ellos es al *n.* 21. donde dize: *Quando non constat de alio, quid senserit testator, neque de alia verisimilitudine, standum est verborum propriæ significationi. leg. 1. §. si is qui navem ff. de exercitor. action. leg. non aliter ff. de legatis* 3. y la razon es, porque siempre el analogo està por el significado mas proprio, y famoso; no negò esto en terminos de nobleza *Iul. Capon. dict. discept.* 52. *cap.* 2. *n.* 6. *in fin.* y se corrobora, de que aquellas cosas, que se ponen en los testamentos, se deben commensurar por el rigor escrito. *leg. in his* 16. *ff. de cond. & demonstrat. D. Oroz de apicib. iur. libr.* 1. *cap.* 10. *num.* 46. *versic. & in his. & dict. libr.* 1. *cap.* 12. *n.* 2. 23. & 36. el mismo *Gutierrez dict. q.* 8. *n.* 23. dize: *Ergo à fortiori in nostra specie conditio, vel præceptum testatoris de contrahendo matrimonio cum fidalgo, vel fidalga, vel nobili, cum verbum hoc* fidalgo, ò noble *possit habere duo significata, nempè* de sangre, *& sic de nobilitate naturali, &* fidalgo noble de privilegio, *accipi in dubio debet de nobilitate, & fidalguia naturali, potius quam dativa ex privilegio, cum illa sit propria significatio, & potior vocabuli, quam hæc dativa, quæ est impropria nobilitas, illa propria, & naturalis. Sed estò quod vtraque significatiò esset propria: proprior, & naturalior est significatio nobilitatis sanguinis, quam illa, quæ ex privilegio adquiritur, & sic civilis. Accedat præterea mens certa testatoris, sive disponentis, quæ in dubio, hoc est, alio non expresso, est, vt sui descendentes, & successores honorabilius contrahant matrimonia, & per hoc familia sua, atque posteritas in dies condecoretur, atque verè, & naturaliter nobilitetur, præcipuè cum apud graves, & honestos viros plurimum distet vera nobilitas ab illa, quæ civilis, & ex privilegio est; immo*

hæc

hæc apud eos vilipendio habetur. No puede la resolucion ser mas propria para el caso deste pleyto; y lo propuesto en este §. y à ello se añade, que lo menos noble no contiene en sì lo mas noble, como probò *Gratian. discept.forens. cap.383. n.17. prop. fin.* Con que si la nobleza dativa, que es la de privilegio; es menos que la nativa, que es de linage, mal podrà saciarse con aquella la voluntad del Fundador, quando esta se debe entender en el significado mas rigoroso, y noble.

2. Y pues se ha tratado de la presumpta mente de el Fundador, razon serà indagar aqui, qual fue la suya en el caso de la fundacion. Para descubrir esta en los testadores asignò muchos modos *D.Castillo controvers. libr. 4. cap. 38. per tot.* donde al *num.1.* dize: *Ex modo, quo verba proferuntur, ex verbis ipsis, &c.* que es la conjetura hasta aqui deducida, à la que se añade otra no menos eficaz, q̃ nace de lo que el mismo Fundador executò viviendo. Considerò esta por muy fuerte *Casanat. consil. 47. n. 6.* donde dize: *Voluntatis enim interpretatio, seu declaratio ab ipso testatore habetur ex eo, quod ipse fecit*; siguiendo al *num.7.* añade: *Quoniam facto voluntas etiam declaratur.* Con que si el Fundador, viviendo, casò à su hija Doña Maria de Escobar, madre de Don Francisco de Zevallos, con Don Juan de Zevallos, y Zuñiga, noble de sangre, visto es, que aquella palabra *noble*, de que vsò en la fundacion, se ha de entender, no de noble de privilegio, si de noble de sangre, porque assi lo executò viviendo.

3. Otra conjetura: La voluntad de los testadores se ha de entender, segun la costumbre general de la Provincia *leg. nummis 75. ff. de legat. 3. leg. cum delanionis 18. §. item 3. ff. de instruct. vel instrument. legat. Casanat. dict. consil. 47. num. 12.* luego si segun la costumbre general de la Provincia de Extremadura, los que obtienen privilegio, no se reputan por nobles, mal podrà la palabra *noble*, de que vsò el Fundador, entenderse de noble de privilegio; y para conocer, que en la Provincia de Extremadura los de privilegio no se reputan por nobles, hagase reflexa de lo que en el hecho queda sentado, expressaron los testigos de Don Francisco de Zevallos à la 16. pregunta.

4. No solo en la Provincia de Extremadura, sino en toda la España, y aun fuera della no ha sido apreciable la nobleza de privilegio, no porquien la concede, si porquien la impetra; y por esso hablando della el Portugues *Antunez de donation. part. 1. libr. 1. dict. cap. 17. n. 8. in fin.* dize: *Sed illud certum, & indubitatum*

tatum est, nobilitatem emptam in derisum apud nobiles cessisse, & ipsis emptoribus in oprobrium; siquidem in illis hæ emptiones ingentiores inijciunt tenebras, non splendorem, vt bene dixit Scobar de puritat. sanguin. q. 4. §. 7. n. 177. Es corroboracion de lo antecedente se considera por inescusable la advertencia de vna noticia, que apunta *D. Antonio de Leon tract. de confirmaciones Reales de encomiendas, y oficios de las Indias, parte 2. cap. 2.* dize al *num.* 1. que en tiempo del Señor Don Phelipe Segundo (de gloriosa memoria) se propusieron algunos arbitrios para desempeño de el patrimonio Real; y que para las Indias se admitieron doze, và refiriendo los arbitrios de las Indias, y llegando al *num.* 12. dize, ibi: *El vndezimo, que se vendiessen hidalguias, no se executò, ni se vendiò ninguna; porque en las Indias el mas humilde, como sea Español, se tiene por tan limpio, que no le parece ha menester comprar hidalguia.*

5. Sea, pues, otra prueba en lo principal, y antes de ella es de suponer, que la legitimacion no provieue de otro derecho, que el civil, porque el natural à todos los conociò iguales. *leg. manumissiones 4. versic. & cum vno ff. de iust. & iur.* y que provenga del derecho civil, se prueba del *§. si adversus 12. instit. de nupt.* donde los que nacen de nupcias prohibidas, se dizen *Vulgo quæsiti, à la ley vulgo concepti 23. ff. de stat. homin.* Esto supuesto, y que en el caso presente se trata de succeder en bienes de ascendiente, no podrà aprovechar la nobleza concedida por el Principe, aun quando esta fuesse verdadera. La prueba es clara: Por la ley 12. de Toro, que oy es *l. 10. tit. 8. libr. 5. Recop.* se previene, que el legitimado por rescripto no pueda concurrir con el legitimo para la succession de bienes ex testamento, vel ab intestato de sus padres, ò ascendientes, aunque, en quanto à honras, y privilegios, sea de la misma qualidad, que los legitimos con la restriccion de la *ley 12. tit. 2. libr. 6. leg. 20. tit. 11. libr. 2. Recop.* luego tampoco la nobleza, que por voluntad de el Principe se quiera conceder en Don Francisco, y Don Diego Murillo, no perjudicarà à Don Francisco de Zevallos, como que este trata de suceder en bienes de su abuelo.

****

§. XI.

§. XI.

1. EL fin de este lugar se ha de dirigir à probar, que la nobleza, que sin perjuyzio de la verdad se lleva concedida à Don Francisco, y Don Diego Murillo, si es bastante para los casos de ley, por el contrario no lo es para los de hombre, y que en esta conformidad es para el caso presente infructuosa. No se dudò, en quanto à lo primero de esta proposicion por *Iul.Capon. dict. disceptat. 52. cap. 2. n.14.* fundòle en el *cap. 15. proverbior. lætatur homo in sententia oris sui*; porque si el Principe dà al plebeyo nobleza, ò por mejor, efectos della, manifiesto es, que para todos los casos legales no podrà reprobar lo mismo, que por leyes cõcede; pero como es mas fuerte la voluntad de el hombre, que aun la de la misma ley, por esso se trata con mas benignidad el caso de la voluntad de esta, que el de la de aquel: dizenlo asi *Ciarlin.controvers. libr. 1. cap. 111. n.13. Faxard. de legitimation. num. 286. prop.fin. ex leg.Celsus ff. de arbitrar. leg. 33. tit. 4. partit. 3.* ibi: *Porque mas ligeramente puede omie estorcer de la pena de la ley, quando cayere en ella, que de la que ponen los Judgadores en su juyzio*; y asi, aunque en concepto de la ley, el que obtiene privilegio sea noble, no lo es en concepto de la voluntad del que testa; y si *Ciriac.dict.controvers.21.* se atreviò à fundar por el noble de privilegio, seria (sin que sea visto aprobar el dictamen suyo) porque el privilegio de el Duque de Mantua se extendiò à casos de ley, y de hombre, segun vnas palabras de el privilegio: *Adeò vt de cætero in omnibus actibus, & dispositionibus sibi favorabilibus, tam legis, quam hominis.* Lo que no se ha de hallar en todo el contexto de la carta de hidalguia presentada en los autos por Don Francisco, y Don Diego Murillo.

2. Ni obstarà entonces la replica, de que ninguno puede ser noble en parte, y en parte plebeyo, como advirtiò *Garcia gloss.18. n.40. Escobar de puritat. part.1. q.4.§.5. à n.5.* y la razon es por no deberse dàr medio en los estados *leg. duobus petentibus 30. ff. de liberal. caus.* y que asi, si por la carta de hidalguia se considera nobleza, en quanto à disposiciones de ley, tambien se cõsiderara para determinaciones de hombre, porque ademàs de ser casos dissimiles, y mas suave el de la ley, que el de la voluntad de el hombre, no ay en ello incompatibilidad baxo de diversas consideraciones; y para su prueba se hazen algunas reflexas.

 3. Por

3. Por la pragmatica de el Señor Don Henrique III. canonizada oy *in leg. 9. tit. 11. libr. 2. Recop.* està dispuesto, que el que intenta probar su nobleza, contribuya en el interin, como si antes no huviesse estado en possession de noble, con las limitaciones, y ampliaciones, que en la misma ley se expressan. En este supuesto, entran ventilando los autores de el Reyno, si el que ha estado en possession de noble, que en fuerza de la citada pragmatica debe contribuir, durante el litigio, podrà ser admitido à los oficios honorificos, y proprios de nobles: afirman vnos, y niegan otros; pero convienen todos, en que si antes de moverse el litigio estaba en possession de exercer tales empleos, sin duda ha de ser admitido à ellos, no obstante, que estè contribuyendo, como si fuesse hombre llano: dizenlo assi *D. Covarruv. variar. libr. 1. cap. 16. n. 11. versic. nempè lite ista durante. Avendañ. de exequend. part. 1. cap. 19. n. 23. versic. dezimo tertio. Garcia de nobilitat. gloss. 35. num. 49. Gutierrez practic. qq. libr. 1. q. 25. n. final.* y traelo determinado *Otalor. de nobilitat. tert. part. part. 3. cap. 3. n. 7.*

4. Por la ley 12. de Toro, que oy es *l. 10. tit. 8. libr. 5. Recop.* està dispuesto, que las legitimaciones por rescripto sean suficientes, para que en virtud de ellas los legitimados gozen de la nobleza de sus padres; pero por la *ley 12. tit. 2. libr. 6. leg. 20. tit. 11. libr. 2. Recop.* està prevenido, que no se extienda el privilegio de la citada *l. 10. tit. 8. libr. 5. Recop.* à la essempcion, y libertad de derechos Reales, en la conformidad, que estas dos leyes se entienden por *Girond. de privileg. q. 33. n. 185. vsque ad 198. Azeved. in dict. leg. 10. n. 46. vsque ad 50. tit. 8. libr. 5. Recop. Olan. antinom. iuris in epilog. n. 79. Garcia de nobilitat. gloss. 21. n. 32. Gutierrez practicar. libr. 4. q. 23. per tot. Zevallos commun. q. 2. n. 47. & seqq. Balmased. de collect. q. 39. per tot. Aguil. ad Roxas dict. part. 3. cap. 3. n. 42.* Con que no avrà inconveniente, en que el noble de Privilegio goze de sus fueros en los casos de ley, al mismo tiempo que carezca de ellos en los de disposicion de hombre.

5. Sin salir de el intento. Aunque el liberto impetre los aureos annulos, llegando à morir, entra el patrono à su herencia, como sino huviera sido impetrado el privilegio, *leg. etiam 3. in princip. ff. de bon. libertor.* dà la razon el Consulto Vlpiano: *Hìc enim vivit, quasi ingenuus, moritur quasi libertus.* Lo mismo afirmò *Paulo in leg. is qui 5. ff. de iur. aureor. annulor.* ibi: *Is,*

Is, qui ius annulorum impetravit, vt ingenuus habetur, quamvis ab hæreditate eius patronus non excludatur; conduce à lo proprio la ley *libertum* 14. §. 2. *ff. de excusation. tutor.* Y si aqui se pusiere el reparo con la diferencia de privilegiado à restituto à la *ley* 2. *Cod. de iur. aureor. annulor.* para esto son las leyes 2. *versic. nec patronus leg. nec filio* 4. *leg. patrono* 5. *ff. de natalib. restituend.* donde aun para el caso de la restitucion de natales, es necessario consentimiento de el perjudicado, que es el patrono de el liberto. De estos textos se deducen tres cosas: La primera, y principal para este intento, que puede aver en vn mismo estado dos respectos: La segunda, que no se concede restitucion de natales sin consentimiento de los interessados: La tercera, que à los libertos se conceden honores sin lesion de los patronos. Conociò las dos vltimas *Iul. Capon. dict. disceptat.* 52. *cap.* 1. *n.* 29. *&* 32. afirmando aqui, que los Principes, en materia de nobleza, no pueden conceder restitucion de natales en perjuyzio de terceros; con que si este perjuyzio està fundado àzia Don Francisco de Zevallos, es adaptable la doctrina, aun para esto mismo.

*****

§. XII.

1. COmo en estos juyzios se trata de la nobleza vnicamente por incidencia, nunca la prueba de ella hà sido muy estrecha; y assi, en comun sentir ha sido en todo tiempo suficiente probanza la hecha por possession, y actos distintivos; y por lo mismo muchos autores han resuelto, que el successor gravado à casar con persona noble, cumple con probar la nobleza de la persona, con quien contraxo, yà por actos positivos, yà por possession. En cuya suposicion parece, que aviendo presentadose por parte de Don Francisco, y Don Diego Murillo testimonio de actos positivos, tienen probada la nobleza suficiente para este litigio.

2. Para responder à la objeccion, es precisso retroceder à lo que tantas vezes se ha dicho, de que los actos positivos en la familia de los Murillos, como se reconoce de la serie de los autos, tuvieron principio en el año de 1697. vno despues de impetrada la carta de hidalguia; y en estos terminos Don Francisco, y Don Diego Murillo no pueden para este intento valer-

se

se de ellos. La prueba no es dificultosa: Defendiendose *D. Olea de cession. iur. addit. ad tit. 6. q. 7. post n. 20.* de cierta impugnacion de Balmaseda, sobre la impetracion de privilegios de nobleza, y la possession de ellos, propone dos casos: El primero, quando los hijos de vn graduado de Lizenciado, ò noble de privilegio pretenden valerse de la possession de su padre, como noble de sangre, y solar conocido: El segundo, quando se pretenden valer de la possession principiada, en fuerza de el privilegio; en el primero caso confiessa, que aprovecha la possession, negandolo en el segundo, y al *num. 6.* dize: *Secundus casus est, quando ascendentes graduati, aùt privilegiati nullam habuerunt possessionem exemptionis à tributis, nisi à tempore gradus, vel privilegij, quia si expressè non constaret, tributa ab eis exacta non fuisse ex eo, quod nobiles sanguine essent, talis possessio nec litiganti, nec suis descendentibus proficeret, ad obtinendam possessoriam sanguinis nobilitatem, quia cum nullum habuerint titulum, nec ius, â quo incipere posset possessio præter gradum, aùt privilegium, ad illud neccessario referenda est; quæ semper videtur capta, & continuata virtute tituli præcedentis.* Añade al *num. 7.* *Et cum ad adquirendam nobilitatis possessionem requiratur, iuxta nostram leg. Cordubens. 8. tit. 11. libr. 2. Recop. processisse ex eo, quod quis nobilis sanguine sit, & non ob aliam causam, & rationem, leg. 27. dict. tit. & libr.* Sigue al *num. 8.* *Sequitur, quod possessio illa, quæ incipit à tempore gradus, vel privilegij, cùm sit indifferens, & æquivoca, non concludat, nec probet possessionem nobilitatis sanguinis.* Con que si la possession, ò actos positivos, de que Don Francisco, y Don Diego Murillo pretenden valerse, tuvieron principio vn año despues de impetrado el privilegio, estos, como indiferentes, y equivocos, no podràn aprovechar para el fin expressado.

3. Y para evitar los inconvenientes, que de estas indiferentes possessiones suelen resultar, previnieron el Señor Emperador Don Carlos, y Doña Juana en el año de 1542. lo que se expressa en la *ley 17. tit. 1. libr. 6. de la Recop.* decision, que se debe tener muy presente por las Justicias de los Pueblos, para que no se perjudique à la hazienda Real, las palabras de la ley son estas: *Porque parece, que ay muchas quexas de nuestros Fiscales, y Pueblos, sobre que muchos se essemptan por tiempo, diziendo ser hijosdalgo, encubriendo los privilegios de cavalleria; y para evitar esto, mandamos à los nuestros Presidentes, y Oidores de nuestras Audiencias de Valladolid, y Granada, que en cada Pueblo de sus partidos hagan facer li-*

libros en los Concejos, en los quales se describan, y pongan todos los nombres de aquellos, que son Cavalleros armados, y como por serlo se escusan de pechar, para que estè entendido, quien son, y sus descendientes, y se sepa la causa, y razon, que tuvieren, para se poder escusar, ò no, de pechar.

4. Hasta aqui ha fluctuado el discurso en el immenso pielago de la jurisprudencia; donde siendo tan inaccessibles los escollos, al passo que clara, y justa la pretension de Don Francisco de Zevallos, esta, por la impericia de su Abogado, no ha podido arribar al seguro puerto de la solidez. Pero el Señor Governador de la Villa de Segura de Leon, Juez de estos autos, no atendiendo à lo inadvertido, è inculto de el rumbo de este Informe, como tan versado, y jurisprudente, suplirà lo, en que ha estado en derecho el Abogado defectuoso, omitiendo los errores, que en concepto de *Plin. Iunior. libr. 9. epist. 12.* son pension de la fragilidad humana. En cuya conformidad no duda Don Francisco de Zevallos, se le ha de dàr la possession actual, corporal, vel quasi de los bienes del vinculo, sobre que se litiga, esperando, que dicho Señor Juez lo determine assi, teniendo presente al mismo tiempo, lo que dixo *Senec. epist. 40. Lenienda sunt, quæ me exterrent, compescenda quæ irritant, discutienda quæ fallunt.* Salvo, &c. Sevilla, y Octubre 20. de 1716. años.

Lic. D. Juan Josef Ortiz de Amaya.

PARECER DEL LICENCIADO D. DAMIAN de Santa-Cruz, Auditor General de Guerra, Abogado mas antiguo, y del muy ilustre Cabildo Secular de esta Ciudad de Sevilla.

ME conformo con el dictamen de el Licenciado D. Juan Joseph Ortiz de Amaya, Abogado de los Reales Consejos, y de la Real Audiencia, y Cathedratico de Instituta de la Vniversidad desta Ciudad, por estar arreglado à las mas seguras disposiciones de derecho. Sevilla, y Noviembre 16. de 1716. años.

Lic. D. Damian de Santa-Cruz.

PARECER DEL LICENCIADO D. PEDRO Garcia Bello, Abogado del muy ilustre Cabildo Eclesiastico, y de pobres del Santo Oficio de la Inquisicion de esta Ciudad de Sevilla.

HE visto esta juridica, y legal defensa, que por Don Francisco Zevallos y Arguixo, ha hecho el Licenciado Don Juan Joseph Ortiz de Amaya, Abogado de los Consejos, y Real Audiencia, y Cathedratico de Instituta de la Vniversidad de esta Ciudad; y si en lo tan doctamente fundado en todos derechos, y selectas doctrinas de los Autores mas clasicos, y de mayor nota, he hallado discursos especiales, que observar; en lo tan eruditamente exornado, y subtiles ilasiones, nó me queda menos que admirar, como su mucha aplicacion que aplaudir. Y assi, conformandome con sus defensas, las tengo por justas, y legales. Salvo, &c. Sevilla, y Noviembre 11. de 1716. años.

Lic. D. Pedro Garcia Bello.

PARECERES DEL LICENCIADO D. ALONso Begines de los Rios, Abogado del muy ilustre Cabildo Secular, y del Fisco del Santo Oficio de la Inquisicion de esta Ciudad; y del Licenciado D. Jacobo Sanchez Samaniego, Abogado del muy ilustre Cabildo Secular, y de pobres del Santo Oficio de la Inquisicion de esta Ciudad de Sevilla.

HEmos visto con toda reflexion este Informe, y no solamente hallamos arregladas à derecho sus resoluciones, satisfaciendo à los fundamentos contrarios, enque manifiesta bien su ingenio el Autor; pudiendosele aplicar illud Horatij:

Hoc opus autorem laudat, & autor opus.

Pues

Pues còmo dixo *Plin. lib.2. epiſt.3. Narrat apertè, pugnat acriter, colligit optimum.* Sino que juntamente contemplamos aver ſeguido para el mayor acierto el conſejo de *Bald.in leg.1.Codic. de impuber.& al.ſubſtit. num.4. Ferro aperit viam, qui per contraria tranſit.* Y aſsi lo ſentimos,ſalvo.Sevilla,y Noviembre 9.de 1716. años.

Lic.D.Jacobo Sanchez Samaniego.

Lic. D. Alonſo Begines de los Rios.